
3 1761 09492596 3

OEUVRES

DE POTHIER.

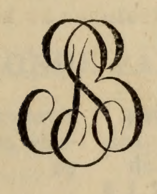
NOUVELLE ÉDITION,

ORNÉE DU PORTRAIT DE L'AUTEUR,

PUBLIÉE

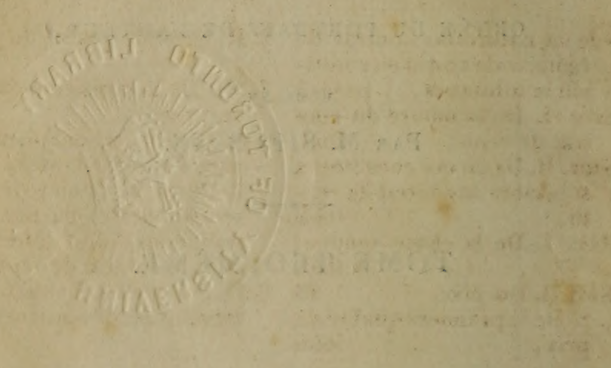
PAR M. SIFFREIN.

TOME TROISIÈME.



A PARIS,
CHEZ L'ÉDITEUR,
RUE SAINT-JEAN-DE-BEAUVAIS, N° 1,
ET CHEZ CHANSON, IMPRIMEUR-LIBRAIRE,
RUE DES GRANDS-AUGUSTINS, N° 10.
M. DCCCXXI.





TABLE

DES CHAPITRES, ARTICLES, SECTIONS ET PARAGRAPHES CONTENUS DANS LE TRAITÉ DU CONTRAT DE VENTE ET DANS CELUI DES RETRAITS.

PREMIÈRE PARTIE.

SECONDE PARTIE.

CHAPITRE PREMIER.

CHAPITRE II.

CHAPITRE III.

CHAPITRE IV.

TROISIÈME PARTIE.

QUATRIÈME PARTIE.

CINQUIÈME PARTIE.

SIXIÈME PARTIE.

CHAPITRE II.

CHAPITRE III.

CHAPITRE IV.

SEPTIÈME PARTIE.

TRAITÉ DES RETRAITS.

PREMIÈRE PARTIE.

CHAPITRE II.

CHAPITRE III.

CHAPITRE IV.

CHAPITRE V.

CHAPITRE VI.

CHAPITRE VII.

CHAPITRE VIII.

CHAPITRE IX.

CHAPITRE X.

CHAPITRE XI.

CHAPITRE XII.

CHAPITRE XIII.

APPENDICE A LA Ire PARTIE.

SECONDE PARTIE.

TRAITÉ
DU
CONTRAT DE VENTE.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

1. Le contrat de vente est un contrat par lequel l'un des contractants qui est vendeur s'oblige envers l'autre *de lui faire avoir librement, à titre de propriétaire*, une chose pour le prix d'une certaine somme d'argent que l'autre contractant, qui est l'acheteur, s'oblige réciproquement de lui payer.

J'ai dit, *de lui faire avoir à titre de propriétaire.* Ces termes, qui répondent à ceux-ci, *præstare emptori rem habere licere,* renferment l'obligation de livrer la chose à l'acheteur, et celle de le défendre, après qu'elle lui a été livrée, de tous troubles par lesquels on l'empêcheroit de posséder la chose, et de s'en porter pour le propriétaire; mais ils ne renferment pas l'obligation précise de lui en transférer la propriété; car un vendeur qui vend une chose dont il croit de bonne foi être le propriétaire, quoiqu'il ne le soit pas, ne s'oblige pas précisément à en transférer la propriété : *Hactenùs tenetur ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat;* l. 30, §. 1, ff. *de act. empt.* C'est pourquoi, quand même l'acheteur découvriroit que le vendeur n'étoit pas propriétaire de

la chose qu'il lui a vendue, et conséquemment qu'il ne lui en a pas transféré la propriété, cet acheteur, tant qu'il ne sera pas inquiété dans sa possession, ne pourra pas pour cela prétendre que le vendeur n'a pas rempli son obligation.

Il est bien de l'essence du contrat de vente que le vendeur ne veuille pas retenir le droit de propriété de la chose qu'il vend, lorsqu'il en est le propriétaire, et qu'il soit tenu en ce cas de la transférer à l'acheteur : *Nemo potest videri eam rem vendidisse de cujus dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus;* l. 80, ff. *fin.* ff. *de contr. empt.* Mais lorsque le vendeur n'est pas le propriétaire, et qu'il croit de bonne foi l'être, il ne s'oblige, comme nous l'avons dit, qu'à défendre l'acheteur contre tous ceux qui voudroient lui faire délaisser la chose, et l'empêcher de s'en porter pour le propriétaire. *Voyez infrà, n.* 48.

Nous diviserons ce traité en sept parties. Nous traiterons, dans la première, de la nature du contrat de vente, et de ce qui en constitue la substance; dans la seconde, des engagements du vendeur, et des actions qui en naissent; dans la troisième, des engagements de l'acheteur. Nous verrons, dans la quatrième, aux risques de qui est la chose vendue pendant le temps intermédiaire entre le contrat et la tradition. Nous traiterons, dans la cinquième, de l'exécution et de la résolution du contrat de vente; dans la sixième, de quelques espèces particulières de contrats de vente; et dans la septième, de quelques contrats et actes ressemblants au contrat de vente, ou préparatoires audit contrat.

Nous ajouterons, par forme d'*appendice*, un Traité

des Retraits auxquels le contrat de vente donne lieu.

Nous ne traiterons pas des lois de police contre les monopoles, les arrhements, et les autres malversations qui se commettent dans le commerce, quoique ces lois appartiennent au contrat de vente, parceque cette matière est de droit public, et que nous nous sommes bornés dans nos Traités au droit privé. Ceux qui veulent s'en instruire doivent avoir recours au Traité de Police de *de la Marre*, et à l'excellent extrait qu'en a fait un auteur moderne, dans un livre qui a pour titre, *Code de Police*.

PREMIÈRE PARTIE.

De la nature du contrat de vente, et de ce qui en constitue la substance.

SECTION PREMIÈRE.

De la nature du contrat de vente.

2. Ce contrat est entièrement du droit naturel; car non seulement il doit à ce droit son origine, mais il se gouverne par les seules règles tirées de ce droit.

Il est du nombre de ceux qu'on appelle *consensuels;* car il se forme par le seul consentement des contractants.

Il est *synallagmatique*, c'est-à-dire qu'il contient un engagement réciproque de chacun des contractants, l'un envers l'autre, ainsi qu'il résulte de la définition que nous en avons donnée.

C'est un contrat *commutatif*, dans lequel l'intention de chacun des contractants est de recevoir autant qu'il donne.

SECTION II.

De ce qui constitue la substance du contrat de vente.

3. Trois choses sont nécessaires pour le contrat de vente; une chose qui en fait l'objet, un prix convenu, et le consentement des contractants.

ARTICLE PREMIER.

De la chose vendue.

4. Il faut, en premier lieu, une chose qui soit vendue,

et qui fasse l'objet du contrat. Si donc, ignorant que mon cheval est mort, je le vends à quelqu'un, il n'y aura pas de contrat de vente, faute d'une chose qui en soit l'objet.

Par la même raison, si, me trouvant avec vous à Paris, je vous vends une maison que j'ai à Orléans, dans l'ignorance où nous sommes l'un et l'autre que cette maison a été incendiée pour le total ou pour la plus grande partie, ce contrat sera nul, parceque la maison qui en faisoit l'objet n'existoit pas; la place et ce qui restoit de cette maison n'étoient pas tant la chose qui faisoit l'objet de notre contrat, que des restes de cette chose; l. 57, ff. *de contr. empt.*

Si la plus grande partie de la maison avoit échappé aux flammes, comme on ne peut pas en ce cas disconvenir que la maison qui fait l'objet du contrat existoit, quoique diminuée, le contrat seroit valable, au moins selon la subtilité du droit; sauf que le vendeur doit faire une diminution sur le prix, pour raison de la partie incendiée qu'on croyoit subsister; *d.* l. 57. *Voyez in Pand. Justin. tit. de contr. empt. n.* 4. Néanmoins, supposé que l'acheteur n'eût pas voulu acheter, s'il eût su que la maison n'étoit plus entière, l'équité doit le faire admettre à demander la résolution de ce contrat; *arg.* l. 58, ff. *d. tit.*

5. Il ne peut, à la vérité, y avoir de contrat de vente sans qu'il y ait une chose vendue; mais il suffit que la chose vendue doive exister, quoiqu'elle n'existe pas encore. Par exemple, tous les jours nous vendons avant la récolte le vin que nous recueillerons: cette chose est valable, quoique la chose vendue n'existe pas encore; mais elle dépend de la condition de sa future existence; et si la chose vient à ne pas exister, si l'on ne recueille point de vin, il n'y aura point de vente.

6. Il n'est pas nécessaire que la chose vendue soit un être physique; on peut vendre une chose incorporelle, un être moral, une créance, un droit, etc.

Une simple espérance peut même être l'objet d'un con-

trat de vente : c'est pourquoi si un pêcheur vend à quelqu'un son coup de filet pour un certain prix, c'est un vrai contrat de vente, quand même il arriveroit qu'il ne prît aucun poisson; car l'espérance des poissons qui pourroient être pris est un être moral qui est appréciable, et qui peut faire l'objet d'un contrat; l. 8, §. 1, *de contr. empt.*

Cette espéce donna lieu à cette fameuse contestation rapportée par Plutarque dans la vie de Solon. Des Milésiens se trouvant dans l'île de Cos, avoient acheté de quelques pêcheurs leur coup de filet. Ces pêcheurs pêchèrent un trépied d'or; les acheteurs le prétendirent. On doit décider qu'ils étoient mal fondés. Les vendeurs et les acheteurs n'avoient entendu vendre ou acheter que le poisson qui seroit pris : le trépied d'or, auquel aucune des parties contractantes n'avoit pensé, ne faisoit donc pas partie du marché; et c'est une bonne fortune dont les pêcheurs seuls devoient profiter. Cette décision est plus juste que celle de l'oracle, qui, consulté sur cette contestation, adjugea le trépied au plus sage des mortels, afin qu'aucune des parties n'osant s'attribuer cette qualité, le trépied d'or demeurât aux prêtres.

7. On peut vendre valablement non seulement sa propre chose, mais même la chose d'autrui, sans le consentement de celui qui en est le propriétaire. Il est vrai que celui qui vend la chose d'autrui ne peut pas, sans le consentement du propriétaire, transférer la propriété de cette chose qui ne lui appartient pas, selon cette régle de droit : *Nemo plus juris in alium transferre potest quàm ipse habet;* l. 54, ff. *de R. J.* : mais le contrat de vente ne consiste pas dans la translation de la propriété de la chose vendue; il suffit, pour qu'il soit valable, que le vendeur se soit valablement obligé de faire avoir à l'acheteur la chose vendue; et l'obligation qu'il en a contractée ne laisse pas d'être valable, quoiqu'il ne soit pas en son pouvoir de la remplir, par le refus que fait le propriétaire de la chose de consentir à la vente. Il suffit que ce que le vendeur a promis ait été

quelque chose de possible en soi, quoiqu'il ne fût pas en son pouvoir; il doit s'imputer de s'être témérairement obligé. *Voyez notre Traité des obligations*, n. 133, 136.

Notre décision est conforme à celle d'Ulpien, en la loi 28, ff. *de contr. empt. Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est, nam emptio est et venditio, sed res emptori auferri potest.*

8. On ne peut vendre à quelqu'un la chose dont il est déja propriétaire : *Suæ rei emptio non valet, sive sciens, sive ignorans emerit;* l. 16, ff. *d. tit.* La raison est que le contrat de vente consiste, suivant la définition que nous en avons donnée, dans l'obligation que contracte le vendeur de faire avoir la chose à l'acheteur; et par conséquent il consiste à rendre l'acheteur créancier de la chose qui lui est vendue : or il est évident que cela ne peut avoir lieu par rapport à une chose qui appartiendroit déja à l'acheteur ; car personne ne peut être créancier de sa propre chose : l'acheteur ne peut pas demander qu'on lui fasse *avoir* une chose qui est déja à lui.

Quoique je ne puisse acheter ma propre chose, néanmoins si je n'ai qu'une propriété imparfaite d'une chose, je puis acheter ce qui manque à mon droit de propriété. Pareillement, si quelqu'un avoit quelque droit par rapport à une chose qui m'appartient, *putà*, si j'en étois débiteur envers lui, la vente qu'il me feroit de cette chose seroit valable, et elle seroit censée être la vente du droit qu'il avoit par rapport à cette chose.

De là naît la décision de la question suivante. Un testateur de qui je suis héritier a légué à Jacques ma maison : avant la délivrance du legs, Jacques me l'a vendue. Cette maison, que je croyois m'appartenir en pleine propriété, étoit reversible, et au bout du temps de la reversion, j'ai souffert éviction de cette maison : ai-je action de garantie contre Jacques? Non; car Jacques, en me vendant ma maison qui lui avoit été léguée par celui dont je suis héritier, m'a plutôt vendu le droit qu'il avoit par rapport à ma maison en vertu du legs, qu'il ne m'a vendu la maison

qu'il ne pouvoit pas proprement me vendre, *quùm rei suæ emptio esse non possit.* L'éviction que j'ai soufferte de cette maison n'est donc pas proprement l'éviction de la chose qu'il m'a vendue, et ne peut pas par conséquent donner lieu à l'action *de evictione* contre lui.

Néanmoins, comme la reversion dont nous ignorions que ma maison étoit chargée étoit une charge qui, en dépréciant ma maison, déprécioit d'autant le droit que Jacques avoit par rapport à cette maison, et que j'ai acheté de lui; j'ai action contre lui *ex empto,* pour qu'il me fasse diminution sur le prix de ce dont j'aurois acheté de moins son droit, si j'eusse eu connoissance de la charge de la reversion.

Lorsque j'achète ma chose de celui envers qui j'en suis le débiteur, nous avons dit que c'étoit plutôt son droit que j'achetois, que ma chose, parceque le titre en vertu duquel ma chose m'appartient, subsistant, je ne puis pas l'acheter, et on ne peut pas s'obliger à me faire avoir ce qui m'appartient déja, suivant cette régle de droit, *Non ut ex pluribus causis, idem nobis deberi potest, ita ex pluribus causis idem possit nostrum esse;* l. 159, ff. *de R. J. Dominium non potest nisi ex unâ causâ contingere;* l. 3, §. 1, ff. *de acq. poss.* Mais lorsque le titre en vertu duquel une chose m'appartenoit est détruit, quoique j'en demeure encore en quelque façon propriétaire jusqu'à la retradition que j'en dois faire à celui à qui cette chose doit retourner par l'extinction de mon titre, la vente qu'il me feroit de cette chose seroit une véritable vente de cette chose; car le titre en vertu duquel elle m'appartenoit étant détruit, la vente qu'il me fait de cette chose est le titre en vertu duquel elle m'appartiendra désormais. C'est pourquoi si, après que vous m'avez fait donation d'un héritage, et avant que vous y soyez rentré, comme vous en aviez le droit par la survenance d'un enfant qui a révoqué la donation, vous me vendez cet héritage; l'achat que je fais de cet héritage, quoiqu'il fût encore en quelque façon ma propre chose, est un véritable et valable achat que je fais de cet

héritage; c'est vraiment cet héritage que vous me vendez, c'est la vente que vous m'en faites qui est le titre en vertu duquel il m'appartiendra désormais, celui en vertu duquel il m'appartenoit auparavant, ayant été détruit par la survenance d'un enfant.

9. Quoique je ne puisse acheter purement et simplement ma propre chose, je puis l'acheter sous la condition, et au cas qu'elle cessera de m'appartenir: *Existimo posse me id quod meum est sub conditione emere, quia fortè speratur meum esse desinere;* l. 61, ff. *de contr. empt.* Par exemple, si je suis propriétaire d'une maison comprise dans une substitution dont je suis grevé envers vous; quoiqu'avant l'ouverture de la substitution je sois propriétaire de cette maison, je puis l'acheter au cas et sous la condition qu'il y auroit par la suite ouverture à la substitution. Mais si j'ai acheté purement et simplement ma propre chose, le contrat est nul, et ne deviendra pas valable, quoiqu'elle cesse par la suite de m'appartenir.

10. On ne peut pas vendre les choses qui, par leur nature, sont hors du commerce, comme une église, un cimetière, une place publique, un bénéfice, un office non vénal, etc.

Lorsque des choses *divini juris*, comme une chapelle, ou un droit de patronage et de présentation à des bénéfices, se trouvent faire partie des dépendances d'une terre, ces choses ne peuvent pas, à la vérité, se vendre seules et *per se;* mais elles se vendent avec la terre dont elles sont une dépendance, soit qu'on les exprime dans le contrat de vente de la terre, soit qu'elles se trouvent renfermées sous l'expression générale des dépendances; *arg.* l. 22 et 24, ff. *de cont. empt.*

11. Il y a aussi certaines choses dont les lois de police défendent la vente, parcequ'elles sont nuisibles à la santé. Par exemple, il est défendu de vendre des blés submergés; et sur le rapport du médecin qu'ils sont nuisibles à la santé, on doit ordonner qu'ils seront jetés à la mer ou à la rivière.

Il est défendu aux bouchers, charcutiers, poulaillers, rôtisseurs, de vendre des pourceaux ladres, et de la viande de bête morte de maladie : il est défendu aux marchands cabaretiers de vendre des vins mixtionnés, et des bières faites de mauvaise matière.

Par une déclaration du roi du 23 mars 1728, il est défendu de vendre des poignards, des couteaux en forme de poignards, des pistolets de poche, des épées en forme de cannes, et autres armes offensives secrètes.

Par édit du mois de juillet 1682, il est défendu de vendre des poisons qui n'entrent dans aucune composition; et à l'égard de ceux qui entrent dans quelque composition, ils ne peuvent être vendus qu'à ceux qui sont d'état et de profession à les employer; et ils doivent écrire sur le registre du marchand leurs nom, qualité et demeure, et la quantité qu'ils en ont prise.

12. C'étoit une loi de police chez les Romains, qu'on ne pût vendre aucune espèce de matériaux unis et incorporés à des bénéfices de ville, tant qu'ils y étoient unis; en conséquence la vente qui en avoit été faite étoit nulle; *l.* 52, ff. *de cont. empt.* Ce droit n'a pas lieu parmi nous. *Voyez* néanmoins ce qui est dit *infrà, p.* 2, *ch.* 1, *sect.* 1, *art.* 5, §. 3, *in fine.*

13. Nous ne pouvons acheter ni par nous-mêmes, ni par personnes interposées, les choses qui font partie des biens dont nous avons l'administration : ainsi un tuteur ne peut acheter les choses qui appartiennent à son mineur; un administrateur ne peut acheter aucune chose du bien dont il a l'administration : *Tutor rem pupilli emere non potest, idemque porrigendum ad curatores, procuratores, et qui aliena negotia gerunt;* l. 34, §. 7, ff. *de cont. empt.*

La nullité de ces ventes n'est pas absolue, comme celle des choses qui sont hors du commerce, ou dont le commerce est interdit; elle n'est prononcée que contre le tuteur ou autre administrateur, et en faveur du mineur, ou autre à qui la chose appartient : il n'y a que le mineur ou autre dont la chose a été vendue, qui puisse opposer le dé-

faut de cette vente : s'il trouve le marché avantageux, le marché tiendra, et le tuteur ou autre administrateur qui a acheté ne pourra opposer la nullité.

Cette nullité n'est établie que pour empêcher les fraudes par lesquelles un tuteur, pour son propre intérêt, pourroit ou acheter à vil prix, ou se rendre acheteur de choses qu'il n'est pas de l'intérêt de son mineur de vendre : l'effet de la loi cesse lorsqu'il n'y a aucun intérêt de soupçonner ces fraudes. C'est sur ce principe qu'il est décidé qu'un tuteur est reçu à enchérir et à acheter les biens saisis par le créancier de son mineur : *Si creditor rem pupilli distrahat, tutor emere bonâ fide poterit;* l. 5, §. 5, ff. *de aút. tut. Tutor nihil ex bonis pupilli comparare palàm et bonâ fide prohibetur;* l. 5, *Cod. de contr. empt.*

14. On compte aussi parmi les choses qui ne peuvent se vendre, les héritages et autres immeubles des mineurs, des interdits, de l'église, et des corps et communautés. Ces choses ne peuvent se vendre, si ce n'est pour quelque juste cause, en vertu du décret du juge, et en observant au préalable certaines formalités.

La nullité de la vente de ces choses n'est aussi qu'une nullité relative, établie contre l'acheteur, qui n'en peut opposer la nullité : elle ne peut être opposée que par le mineur, l'interdit, l'église, le corps ou la communauté en faveur de qui cette nullité est établie. Elle cesse même de pouvoir l'être, si le mineur devenu majeur, ou l'interdit, depuis qu'il a été relevé de son interdiction, ou leurs héritiers, ont ratifié le contrat, soit expressément, soit tacitement, en ne se pourvoyant pas par des lettres de rescision dans le temps prescrit.

Lorsque c'est un tiers qui a vendu, comme à lui appartenant, un héritage qui appartenoit à l'église, ou à des mineurs, ou autres personnes semblables, la vente est valable, de même que nous avons vu que l'étoit la vente de la chose d'autrui, non quant à l'effet d'en transférer la propriété à l'acheteur, mais quant à l'effet d'obliger le vendeur à la garantie.

15. Domat compte mal-à-propos entre les choses qui ne peuvent se vendre celles qui sont chargées de substitution. Il est vrai que lorsqu'elles sont vendues, elles ne peuvent passer à l'acheteur qu'avec la charge de la substitution, le vendeur ne pouvant pas lui transférer plus de droit qu'il n'en a lui-même; mais la vente est valable, d'autant plus même que la substitution peut devenir caduque par le prédécès de ceux qui y sont appelés. La loi *fin. Cod. de reb. al. non alien.*, citée par Domat, ne parle pas de toutes les substitutions, mais seulement de celles qui résultent de la prohibition qu'a faite un testateur d'aliéner une telle chose hors de sa famille; et elle ne dit pas que la vente d'une telle chose n'est pas valable: elle dit seulement que l'aliénation n'est pas valable, c'est-à-dire que cette vente ne transfère pas la propriété à l'acheteur, parceque la vente qui en est faite est la condition qui donne ouverture à cette espèce de substitution, et en fait passer la propriété à ceux qui y sont appelés.

ARTICLE II.

Du prix.

16. La seconde chose requise pour former un contrat de vente, est qu'il y ait un prix convenu entre les parties: *Sine pretio nulla venditio est;* l. 2, §. 1, ff. *de contr. empt.* C'est pourquoi si une personne me vendoit une chose pour le prix qu'elle lui a coûté, et qu'il se trouvât que la chose ne lui a rien coûté, et lui a été donnée, il n'y auroit point de vente, parcequ'il n'y auroit point de prix; *l.* 37, ff *dict. tit.*

17. Le prix nécessaire pour former un contrat de vente doit avoir trois qualités. 1° Il doit être un prix sérieux; 2° certain et déterminé, ou du moins qui doive se déterminer; 3° il doit consister en une somme d'argent.

§. I. De la première qualité du prix.

18. Le prix doit être un prix sérieux, et convenu avec intention qu'il pourroit être exigé. C'est pourquoi si une

personne me vendoit une chose pour une certaine somme, et que par le contrat il m'en fît remise, un tel acte ne seroit pas une vente, mais une donation : *Quùm in venditione quis pretium rei ponit, donationis causâ non exacturus, non videtur vendere ;* l. 36, ff. *dict. tit.* La raison est que le prix qui est de l'essence du contrat de vente est un prix sérieux que l'acheteur s'est obligé de payer ; c'est ce qui résulte de la définition que nous avons donnée du contrat de vente, *suprà, n.* 1. Or, dans cette espèce, l'acheteur n'a jamais été obligé de payer le prix porté par l'acte, puisqu'on suppose qu'on lui en a fait remise dès le temps de la confection de l'acte ; il n'y a donc pas de prix véritable, ni par conséquent de contrat de vente.

Il en seroit autrement si la remise du prix n'avoit été faite que *ex intervallo ;* car il y a eu en ce cas un prix que l'acheteur s'est véritablement obligé de payer, ce qui suffit pour le contrat de vente : *Non* (*enim*) *pretii numeratio, sed conventio perficit emptionem ;* l. 2, §. 1, ff. *de contr. empt.*

19. Un prix qui n'a aucune proportion avec la valeur de la chose vendue n'est pas un véritable prix ; *putà*, si on vendoit une terre considérable pour un écu ; car le prix n'étant autre chose que l'estimation que les parties contractantes ont faite entre elles de la valeur de la chose, une somme qui n'a aucune proportion avec la valeur de cette chose ne peut passer pour une estimation sérieuse, ni par conséquent pour un véritable prix. Un tel contrat n'est donc pas une vente, mais une donation faussement qualifiée de vente, laquelle doit être sujette à toutes les formalités des donations, et ne peut être valable qu'entre personnes qui peuvent se donner.

20. Il n'est pas néanmoins nécessaire que la somme convenue pour le prix égale précisément la juste valeur de la chose ; car le prix, dans le contrat de vente, n'est pas précisément la vraie valeur de la chose, mais la somme à laquelle les parties contractantes l'ont estimée ; et il peut arriver qu'elles fassent cette estimation trop basse. C'est

pourquoi, pourvu que la somme convenue ne soit pas une somme de néant, et qui n'ait aucune proportion avec la valeur de la chose, quoiqu'elle soit au-dessous, le contrat ne laisse pas d'être un véritable contrat de vente, dont cette somme est le prix.

21. Ainsi, lorsque le vendeur a voulu gratifier l'acheteur, en consentant que le prix fût accordé à une somme au-dessous de la valeur, cela n'empêche pas que le contrat ne soit un vrai contrat de vente : *Si quis donationis causâ minoris vendat, venditio valet: toties enim dicimus in totum venditionem non valere, quoties universa venditio donationis causâ facta est; quoties verò viliore pretio res donationis causâ distrahitur, dubium non est venditionem valere;* l. 38, ff. *d. tit.*

On peut néanmoins dire que le contrat, en ce cas, n'est pas pas purement et entièrement contrat de vente, mais un contrat d'une nature mixte, qui tient quelque chose de la donation, et qui néanmoins, eu égard à ce qui a été la principale intention des parties contractantes, est un contrat de vente plutôt qu'une donation.

Pareillement, l'infériorité du prix n'empêche pas qu'un contrat ne soit un vrai contrat de vente, lorsque les parties ignoroient la juste valeur, ou lorsque le vendeur, quoique connoissant cette juste valeur, s'est trouvé obligé, par le besoin pressant qu'il avoit d'argent, de vendre sa chose pour la somme qu'on lui en offroit, quoique inférieure à la juste valeur : mais ce contrat, quoique valable selon la rigueur du droit, et quoiqu'il produise, selon la rigueur du droit, toutes les obligations qui naissent du contrat de vente, est un contrat inique; et l'acheteur est, dans le for de la conscience, obligé d'en réparer l'iniquité, en suppléant ce qui manque au juste prix : même, dans le for extérieur, les lois viennent quelquefois au secours du vendeur par les lettres de rescision, lorsque la lésion est énorme, comme nous le verrons ci-après, *part.* 5.

22. Observez que pour qu'un contrat de vente faite à vil prix soit valable, il faut que l'acheteur soit une personne à

qui il ne fût pas défendu au vendeur de donner; autrement la vilité du prix fait toujours présumer que l'intention des parties a été de faire une donation, et le contrat n'est pas valable. *Voyez infrà*, *art.* 3, §. 3, *n.* 39.

§. II. Seconde qualité du prix.

23. Le prix qui est de l'essence du contrat de vente doit être un prix certain et déterminé. Il n'est pas néanmoins nécessaire qu'il soit absolument déterminé: il suffit qu'il soit tel qu'il doive le devenir, et qu'il ne soit pas laissé au pouvoir seul de l'une des parties.

24. C'est pourquoi le contrat de vente est valable, lorsque je vends une chose pour le prix qu'elle sera estimée par un tiers; pourvu néanmoins qu'il arrive que ce tiers, dont nous sommes convenus, fasse l'estimation: car s'il refusoit de la faire, ou qu'il mourût avant que de l'avoir faite, il n'y auroit point de vente, ainsi que le décide Justinien en la loi dernière, *Cod. de contr. empt.*, parcequ'il ne se trouve point de prix. Les parties n'étant convenues que de celui que cette personne régleroit, on ne peut pas assurer qu'elles aient voulu, à son défaut, se rapporter au réglement que feroit une autre personne; elles ont pu n'avoir confiance qu'en celle-ci. Suivant ce principe, par arrêt du parlement de Bordeaux, cité par Automne, *ad l. fin. Cod. de contr. empt.*, un vendeur, dans cette espèce, obtint congé de la demande de l'acheteur, qui vouloit l'obliger à convenir d'un autre estimateur.

Si le tiers dont les contractants sont convenus a fait une estimation, mais qui soit manifestement inique, il n'y aura pareillement point de vente; et c'est la même chose que s'il n'avoit point fait d'estimation; car les contractants, en s'en rapportant à son estimation, ont entendu, non une estimation purement arbitraire, mais une estimation *tanquam boni viri*, une estimation juste. C'est l'avis de la Glose, *ad d. l.*, qui est plus équitable que celui de Despeisses, qui veut qu'on s'en tienne à l'estimation, quelle qu'elle soit,

et qui se fonde sur ces termes de la loi, *Omnimodò secundùm æstimationem pretium solvatur.*

Celui donc des contractants qui prétendra que cette estimation est inique, pourra demander qu'il soit fait à ses dépens une nouvelle estimation par experts nommés en justice; et si, par cette estimation, il est prouvé que celle faite par la personne à laquelle les contractants s'en étoient rapportés est inique, elle sera nulle, et en conséquence le contrat de vente sera aussi nul. Au reste, comme l'estimation des choses a une certaine étendue, il ne suffira pas, pour faire déclarer inique l'estimation faite par la personne convenue, qu'il y ait une différence modique entre cette estimation et la nouvelle, ordonnée par justice; il en faut une considérable. Mais cette différence doit-elle être de moitié, comme le veut la glose, ou du tiers, ou du quart? Je pense que cela doit être laissé à l'arbitrage du juge.

25. On peut vendre aussi une chose pour le prix qu'elle sera estimée par experts, dont les parties conviendront. Si, en ce cas, le prix n'est pas certain lors du contrat, il suffit qu'il doive le devenir par l'estimation qui en sera faite.

Quelques interprètes prétendent que ce contrat est un contrat *innommé*, qui donne lieu à l'action *præscriptis verbis*, et qui imite seulement le contrat de vente, plutôt qu'il n'est un vrai contrat de vente; mais ces subtiles distinctions de contrats ne sont point admises dans notre droit françois, et ne sont d'aucun usage dans la pratique.

26. Il y a plus de difficulté lorsqu'il est seulement dit qu'on vend une chose *pour le prix qu'elle vaut*. Néanmoins, comme les conventions doivent être interprétées, *magis ut valeant, quàm ut pereant*, les parties doivent être censées, par ces termes, être convenues du prix que la chose seroit estimée valoir par des experts dont elles conviendront, de même que dans l'espèce précédente.

27. Fabianus *de Monte*, en son Traité *de empt. vend.*, qui se trouve dans la première partie du sixième volume

de la grande collection, feuillet 53, *recto*, propose la question de savoir si la convention par laquelle il seroit dit que je vous vends une telle chose pour le prix qu'on m'en offrira, renferme un contrat de vente valable; et il la décide pour l'affirmative. Il fonde son sentiment sur la loi *fin. Cod. de jur. emphyt.*, qui ne reçoit aucune application à la question. Je ne crois pas qu'une telle convention doive être admise comme contrat de vente dans les tribunaux; elle donneroit lieu à trop de fraudes. L'acheteur pourroit interposer une personne qui offriroit un prix très bas, pour avoir la chose à vil prix, et le vendeur pourroit en interposer une qui offriroit un prix très haut, pour la vendre bien cher: d'ailleurs le vendeur qui ne voudroit pas tenir le contrat pourroit cacher à l'acheteur les offres qui lui auroient été faites. On ne peut donc admettre cette convention comme contenant un contrat de vente; on pourroit plutôt la considérer comme une convention par laquelle le propriétaire de l'héritage s'obligeroit envers l'autre partie à lui accorder la préférence, lorsqu'il le voudroit vendre; et cette obligation l'engageroit à ne point vendre à un autre, qu'il n'eût énoncé auparavant à cette partie le marché qui lui étoit offert, sommation de déclarer dans un temps court si elle entendoit acheter aux conditions proposées.

28. C'est une manière de vendre fort usitée dans notre province de l'Orléanois, que de vendre le vin de sa récolte au prix que les voisins vendront le leur. Ce contrat est valable; car le prix, quoique incertain lors du contrat, deviendra certain par la vente que feront les voisins; et il ne sera pas moins certain, quoique les voisins vendent à différents prix; car les parties sont censées être convenues en ce cas du prix mitoyen entre ces différents prix.

29. Si l'on vendoit une chose pour le prix que l'une des parties voudroit par la suite statuer, la vente seroit nulle; *L.* 35, §. 1, ff. *de contr. empt.*

§. III. De la troisième qualité du prix.

30. Le prix pour lequel on vend une chose doit consister en une somme de deniers que l'acheteur s'oblige de payer au vendeur. S'il consistoit dans toute autre chose, le contrat ne seroit pas un contrat de vente, mais plutôt un contrat d'échange : *Emptionem rebus fieri non posse pridem placuit;* l. 7, *Cod. de rer. permut.*

Néanmoins si, outre la somme d'argent convenue pour le prix, l'acheteur s'obligeoit de donner, pour supplément du prix, quelque autre chose, ou de faire quelque chose, le contrat ne laisseroit pas de passer pour contrat de vente : *Si vendidi tibi insulam certâ pecuniâ, et ut aliam insulam meam reficeres; agam ex vendito ut reficias; si hoc solum ut reficeres, non intelligitur emptio venditio;* l. 6, §. 1, ff. *de act. empt.*

Il nous reste à observer que, pourvu que par le contrat les parties soient convenues pour prix d'une somme d'argent, quoique par la suite l'acheteur ait donné en paiement une autre chose, et n'ait payé aucun argent, le contrat ne laisse pas d'être et de demeurer contrat de vente : *Non enim pretii numeratio, sed conventio perficit emptionem,* comme il a déja été dit ci-dessus.

ARTICLE III.

Du consentement des parties contractantes.

31. Le consentement des parties contractantes, qui est de l'essence du contrat de vente, consiste dans le concours de la volonté du vendeur de vendre telle chose à l'acheteur pour un tel prix, et de celle de l'acheteur d'acheter de lui ladite chose pour ledit prix. Comment ce consentement doit-il intervenir, et sur quoi? C'est ce que nous allons examiner.

§. I. De quelles manières le consentement des parties contractantes doit-il intervenir dans le contrat de vente?

32. Dans le contrat de vente, de même que dans les autres contrats, le consentement des parties peut intervenir non seulement entre présents, mais entre absents, par lettres, ou par un entremetteur, *per epistolam*, *aut per nuntium*.

Pour que le consentement intervienne en ce cas, il faut que la volonté de la partie qui a écrit à l'autre pour lui proposer le marché ait persévéré jusqu'au temps auquel sa lettre sera parvenue à l'autre partie, et auquel l'autre partie aura déclaré qu'elle acceptoit le marché.

Cette volonté est présumée avoir persévéré tant qu'il ne paroît rien de contraire : mais si j'ai écrit à un marchand de Livourne une lettre par laquelle je lui proposois de me vendre une certaine partie de marchandises pour un certain prix, et qu'avant que ma lettre ait pu lui parvenir, je lui en aie écrit une seconde, par laquelle je lui marquois que je ne voulois plus cette emplette, ou qu'avant ce temps je sois mort, ou que j'aie perdu l'usage de la raison; quoique ce marchand de Livourne, au reçu de ma lettre, ignorant ou mon changement de volonté, ou ma mort, ou ma démence, ait fait réponse qu'il acceptoit le marché proposé, néanmoins il ne sera intervenu entre nous aucun contrat de vente; car ma volonté n'ayant pas persévéré jusqu'au temps auquel ce marchand a reçu ma lettre, et accepté la proposition qu'elle contenoit, il ne s'est pas rencontré un consentement ou concours de nos volontés, nécessaire pour former le contrat de vente. C'est l'avis de Barthole et des autres docteurs cités par Bruneman, *ad l.* 1, ff. *de contr. empt.*, qui ont rejeté avec raison l'avis contraire de la glose, *ad dictam legem*.

Observez néanmoins que si ma lettre a causé quelque dépense à ce marchand pour l'exécution du marché que je lui proposois par cette lettre, ou si elle lui a occasioné quelque perte; *putà*, si dans le temps intermédiaire entre

la réception de la première et celle de la seconde, le prix des marchandises a baissé, et que ma première lettre lui ait fait manquer l'occasion de les vendre avant la diminution; dans tous lesdits cas, je suis tenu de l'indemniser, si mieux je n'aime consentir au marché proposé par ma première. Cette obligation naît de cette régle d'équité, que personne ne doit souffrir du fait d'un autre: *Nemo ex alterius facto prægravari debet*. Je dois donc l'indemniser de la dépense et de la perte que je lui ai causée par la proposition que je lui ai faite, et que je ne veux plus aujourd'hui exécuter.

Par la même raison, si ce marchand de Livourne, au reçu de ma première lettre, avoit fait charger pour mon compte, et avoit fait partir les marchandises que je lui demandois, avant que d'avoir reçu ma seconde lettre, qui contenoit la révocation de ce que je lui avois mandé par ma première, ou dans l'ignorance où il étoit de ma démence ou de ma mort qui avoit empêché la conclusion du marché; quoiqu'en ce cas il ne soit proprement intervenu aucun contrat de vente entre nous, néanmoins il sera en droit de m'obliger, moi ou mes héritiers, à exécuter le marché proposé par ma lettre, non en vertu d'aucun contrat de vente, mais en vertu de l'obligation que j'ai contractée par ma lettre de l'indemniser; obligation qui résulte de cette régle d'équité: *Nemo ex alterius facto prægravari debet*.

33. Le contrat de vente peut se faire entre présents, verbalement et sans écrit: il faut néanmoins bien prendre garde si ce que les parties ont dit exprime une vente ou un simple pourparler de vente, qui n'oblige point, et laisse la liberté de changer de volonté.

Les docteurs ont agité cette question, si par ce discours que je vous ai adressé, *Je veux vous vendre une telle chose pour la somme de tant*, auquel vous avez répondu, *Je veux bien en donner ce prix*, le contrat de vente de cette chose est parfait. Cynus prétend que ce n'est qu'un pourparler, parceque *vouloir vendre* n'est pas encore vendre, de même que vouloir monter sur un arbre n'est pas y monter. Fabien *de Monte*,

p. 54, soutient au contraire, avec plus de raison, que ce discours exprime une vente qui a toute sa perfection. Il répond à l'objection, qu'il est bien vrai que vouloir faire une chose n'est pas encore la faire, lorsque cette chose consiste dans un fait extérieur; ainsi vouloir monter sur un arbre n'est pas encore y monter. Mais vouloir faire une chose qui se fait par la volonté qu'on a de la faire, sans aucun fait extérieur, c'est la faire. C'est pourquoi, *vouloir vendre* est la même chose que *vendre*, lorsque la volonté de celui à qui je veux vendre concourt avec la mienne; et dire *je veux vendre* est la même chose que dire *je vends.*

Le même auteur, *ibid.*, observe qu'il faudroit décider autrement, si je m'étois exprimé par le temps imparfait, et qu'au lieu de dire, *je veux vous vendre*, j'eusse dit, *je voudrois vous vendre telle chose pour la somme de tant;* parceque, dit-il, *verbum inperfecti temporis rem adhuc imperfectam significat:* c'est pourquoi, dans cette espéce, quoique vous ayez répondu que vous voulez bien en donner ce prix, il n'y a pas encore de vente, et je puis changer de volonté, à moins que je ne vous aie répliqué que *c'est une affaire faite*, ou quelque autre chose de semblable.

§. II. Sur quelles choses doit intervenir le consentement.

34. Le consentement qui forme le contrat de vente doit intervenir, 1° sur la chose qui fait l'objet du contrat; 2° sur le prix; 3° sur la vente même.

Premièrement, il doit intervenir sur la chose qui fait l'objet du contrat.

Il n'y a donc point de contrat de vente si l'un compte vendre une chose, et l'autre en acheter une autre; l. 9, ff. *de cont. empt.* Pareillement, il n'y a point de contrat de vente, si l'on me vend un sac d'orge que je prends pour du blé, ou une tabatière de tombac que je prends pour de l'or; car quoique nous convenions du corps qui est vendu, nous ne convenons point de la matière qui en fait la substance, et par conséquent nous ne convenons point proprement de la chose vendue: ce qui fait dire à Ulpien :

Nullam esse venditionem puto, quoties in materiâ erratur; d. l. §. 2.

35. Si l'erreur ne concerne que quelque qualité accidentelle de la chose, comme si on vend un drap pour bon, qui est mauvais, cette erreur n'empêche pas que nous ne soyons vraiment convenus de la chose vendue, et par conséquent il y a un contrat de vente; l. 10, *dict. tit.* L'erreur qui ne concerne que le nom de la chose fait encore moins d'obstacle au consentement requis pour la validité du contrat de vente: *Nihil facit error nominis, quùm de corpore constat;* d. l. 9, §. 1.

36. Le consentement doit aussi intervenir sur le prix. Ce consentement ne se trouve point, si l'un compte vendre pour une somme plus grande que celle pour laquelle l'autre compte acheter; il n'y a donc pas en ce cas de contrat de vente, faute de consentement.

Au contraire, si l'acheteur compte, par erreur, acheter plus que la somme pour laquelle le vendeur veut vendre, le contrat de vente vaut pour cette somme que le vendeur a voulu vendre, et il est vrai que les parties sont convenues de cette somme; car elle est comprise dans la plus grande pour laquelle l'acheteur a voulu acheter: celui qui veut acheter pour une grande somme veut acheter pour la moindre qui est comprise dans la plus grande.

37. Enfin le consentement doit intervenir sur la vente même: *Si in ipsâ emptione dissentiant, emptio imperfecta est;* d. l. 9; c'est-à-dire que l'un doit vouloir vendre, et l'autre vouloir acheter. Mais si l'un vouloit vendre à l'autre une certaine maison pour un certain prix, par exemple, pour 9,000 livres, et que l'autre comptât seulement la prendre à loyer pendant neuf ans pour ladite somme, il n'y auroit en ce cas ni vente ni louage, n'y ayant pas de consentement, l'un ayant voulu vendre, et l'autre n'ayant pas voulu acheter, mais prendre à loyer. On ne peut pas dire que celui qui a voulu prendre à loyer ait voulu, à plus forte raison, acheter pour le même prix; car ignorant qu'on vouloit vendre, il n'a pas pu vouloir acheter: il est seule-

ment vrai qu'il auroit voulu acheter s'il l'eût su ; ce qui est très différent d'avoir effectivement voulu acheter. Il n'en est pas de cette erreur comme de celle de celui qui croit acheter pour dix écus ce qu'on lui vend pour neuf ; car neuf étant contenus dans dix, celui qui veut acheter pour dix veut véritablement acheter pour neuf.

38. Le consentement sur la vente consistant dans le concours de la volonté que le vendeur a dû avoir de vendre, et de celle que l'acheteur a dû avoir d'acheter, il n'y a pas de contrat de vente, s'il paroît par les circonstances que les parties n'ont pas eu la volonté de vendre ni d'acheter, mais plutôt de déguiser un autre contrat sous la fausse apparence d'un contrat de vente.

C'est ce qui paroît dans le fameux contrat vulgairement connu sous le nom de contrat *mohatra*, par lequel vous me vendez une chose à crédit, que je revends au comptant incontinent ou très peu après à vous-même, ou à une personne par vous interposée, pour une somme moindre que le prix pour lequel vous me l'avez vendue, dont je reste envers vous débiteur : il est évident que dans ce contrat nous n'avons pas eu une véritable volonté de vendre ni d'acheter, mais plutôt de déguiser sous une fausse apparence de contrat de vente le prêt usuraire que vous me faites de la somme d'argent que vous m'avez comptée. C'est pourquoi si vous me demandez le prix que je me suis obligé de vous payer par le prétendu contrat de vente de la chose que je vous ai revendue au comptant, je serai admis à soutenir que, sans avoir égard à ce contrat, qui sera déclaré nul et simulé, je dois avoir congé de votre demande, en vous payant seulement la somme d'argent que j'ai reçue de vous.

Il pourroit même y avoir lieu à vous poursuivre extraordinairement comme usurier, suivant les circonstances ; *putà*, s'il y avoit une grande différence entre le prix pour lequel vous m'avez vendu la chose à crédit, et celui pour lequel vous me l'avez rachetée au comptant, d'où il résulteroit une usure énorme.

Si ces contrats sont réprouvés, et réputés un prêt usuraire dans le for extérieur, ils ne doivent pas moins être jugés tels dans le for de la conscience : la direction d'intention que vous vous êtes faite de ne pas vouloir me prêter à intérêt la somme d'argent dont j'avois besoin, mais de vouloir me vendre une chose à crédit, et la racheter de moi pour cette somme moindre que celle pour laquelle vous me l'auriez vendue, est une pure illusion de la cupidité qui peut nous tromper, mais qui ne peut tromper Dieu, qui sonde le fond des cœurs, et qui ne juge pas des volontés par ce que vous vous êtes faussement imaginé vouloir, mais par ce que vous avez réellement voulu dans le secret de votre cœur. Or il n'est pas douteux que, dans l'espéce proposée, votre véritable volonté, quoique vous vous la soyez dissimulée, n'a été autre chose que de tirer un profit usuraire de l'argent que vous m'avez compté, en déguisant un prêt sous l'enveloppe des faux contrats de vente et revente d'une marchandise dont je n'avois pas besoin : *Deus non irridetur.*

39. Lorsqu'une vente est faite à vil prix à une personne à qui les lóis ne permettent pas de donner, on présume aussi que le prétendu vendeur n'a pas eu une véritable volonté de vendre, mais que sa volonté a plutôt été de donner et de déguiser sa donation sous la fausse apparence d'un contrat de vente. Sur ce principe, si un mari a vendu à sa femme, séparée de biens, un héritage à vil prix, les héritiers du mari sont admis à le répéter, sans avoir égard à la vente qui en a été faite, qui sera déclarée nulle et simulée, en offrant seulement de rendre à la femme la somme qu'elle a payée.

Nératius, qui étoit de la secte des Proculéiens, vouloit néanmoins qu'en ce cas on examinât si le mari avoit effectivement eu intention de vendre cette chose, ou s'il n'avoit fait cette vente qu'à cause de la donation qu'il vouloit faire à sa femme; ce n'est, selon lui, que dans ce dernier cas que la vente doit être déclarée nulle; dans l'autre cas, les héritiers du mari ne peuvent, selon lui, répéter que

ce qui manque du juste prix; la donation que le mari a voulu faire à sa femme, ne tombant en ce cas que sur ce qu'il lui a remis du juste prix. Cette distinction de Nératius est bonne dans la théorie; mais in *praxi*, et dans les tribunaux, pour éviter les procès auxquels donneroient lieu l'examen et la discussion de la volonté qu'a eue le mari, je pense qu'on doit préférer l'opinion de Julien et des Sabiniens, qui décident indistinctement que la vente faite à vil prix à une femme doit être déclarée nulle et simulée. Ces deux opinions sont rapportées en la loi 5, §. 5, ff. *de donat. int. vir. et ux.* Il paroît que celle des Sabiniens avoit prévalu; car Ulpien, en la loi 38, ff. *de contr. empt.*, après avoir dit, *Si quis donationis causâ minoris vendat, venditio valet*, dit distinctement, *hoc inter cæteros : inter virum verò et uxorem, donationis causâ venditio facta pretio viliore, nullius momenti est.*

Suivant le même principe, lorsqu'un père a vendu un héritage à vil prix à l'un de ses enfants, qui vient par la suite à la succession avec ses frères et sœurs, cette vente doit être déclarée nulle, comme étant une donation déguisée que le père lui avoit voulu faire; et il doit être en conséquence obligé au rapport de cet héritage, à la charge par la succession de lui tenir compte de la somme qu'il a payée à son père. *Voyez notre Introduction au titre des successions, de la coutume d'Orléans, n.* 77.

SECONDE PARTIE.

Des engagements du vendeur, et des actions qui en naissent.

40. Les engagements du vendeur naissent, ou de la nature même du contrat, ou de la bonne foi qui doit régner dans les contrats, ou des clauses particulières du contrat.

CHAPITRE PREMIER.

Des engagements du vendeur qui naissent de la nature du contrat de vente.

41. Le vendeur, suivant la définition que nous avons donnée du contrat de vente, s'oblige envers l'acheteur à lui *faire avoir librement à titre de propriétaire* la chose vendue.

De là naissent, 1° l'obligation de livrer à l'acheteur la chose vendue, et de veiller à la conservation de cette chose jusqu'à la tradition; 2° l'obligation de la garantie des évictions; 3° l'obligation de la garantie des charges réelles non déclarées par le contrat, auxquelles on prétendroit que la chose vendue est sujette; 4° enfin l'obligation de la garantie de certains vices qu'on appelle *rédhibitoires*.

SECTION PREMIÈRE.

De l'obligation de livrer la chose, et de veiller à sa conservation jusqu'à la livraison.

Nous verrons, 1° ce que comprend cette obligation; 2° où et quand la chose doit être livrée; 3° quel soin le vendeur doit apporter à la conservation de la chose jusqu'à la tradition; 4° nous examinerons quand l'extinction ou la

perte de la possession de la chose fait cesser l'obligation de la livrer; 5° enfin nous traiterons de l'action qui naît de cette obligation.

ARTICLE PREMIER.

Que comprend l'obligation de livrer la chose?

42. Le vendeur doit livrer la chose à l'acheteur, si elle n'est déja par-devers lui.

C'est une suite de l'obligation de livrer la chose vendue, que le vendeur doive faire à ses frais ce qui est nécessaire pour satisfaire à cette obligation.

C'est pourquoi si la chose vendue se trouvoit engagée à quelque créancier du vendeur qui l'eût en sa possession, le vendeur seroit obligé de la dégager à ses frais pour la livrer. C'est ainsi que doit s'entendre la loi 5, *Cod. de evict. Ex his prædiis quæ mercata es, si aliqua à venditore obligata, necdum tibi tradita sunt, ex empto actione consequeris, ut à venditore liberentur.*

43. Il suit aussi de ce principe, que n'étant pas permis à celui qui a vendu son vin, de le livrer sans avoir obtenu un congé ou permission du bureau des aides, il doit, pour se mettre en état de satisfaire à son obligation, obtenir à ses frais ce congé et le remettre à l'acheteur, à moins qu'il ne soit expressément convenu que le congé seroit aux frais de l'acheteur.

44. Par la même raison, celui qui a vendu du blé à tant par mine, doit le faire mesurer à ses frais, suivant une ancienne ordonnance de saint Louis, de 1258, à moins qu'il ne soit expressément convenu que le mesurage se feroit aux frais de l'acheteur; car la livraison ne pouvant s'en faire que ce mesurage n'ait été préalablement fait, le vendeur doit faire faire à ses frais ce mesurage, pour se mettre en état de faire cette livraison.

45. Par la même raison, lorsqu'on a vendu des marchandises qui sont dans un certain lieu, le vendeur est tenu, ou de faire remettre les clefs à l'acheteur, afin qu'il

puisse les enlever, ou de faire trouver quelqu'un sur le lieu, qui fasse faire ouverture des lieux à l'acheteur, afin qu'il puisse enlever les marchandises qu'on lui a vendues.

46. Au reste, l'enlèvement se fait aux frais de l'acheteur; car le vendeur satisfait pleinement à son obligation de livrer la chose, lorsqu'il a fait ce qui dépendoit de lui de sa part pour que l'acheteur pût, quand il voudroit, enlever la chose; l'enlèvement est l'affaire de l'acheteur.

47. L'obligation de livrer une chose renferme aussi celle de livrer toutes les choses qui en font partie, ou qui en sont des accessoires.

Sur les choses qui sont censées faire partie d'un héritage de campagne ou d'une maison de ville, *voyez notre Introduction générale à la coutume d'Orléans, n.* 47 *et* 48, *et nos notes sur les articles* 353, 355, 356 *de ladite coutume.*

Les titres et tous les enseignements qui concernent un héritage, en sont des accessoires que le vendeur est obligé de remettre à l'acheteur.

Enfin il doit remettre avec la chose les fruits, tant naturels que civils, nés et perçus depuis que l'acheteur a payé le prix; *Paul*, *sentent.* 11, 17, 7; *Cujac. obs. XXI*, 15.

Cette restitution des fruits est due *ex naturâ contractûs;* il n'est pas nécessaire pour cela que le vendeur ait été mis en demeure de livrer la chose : mais le vendeur, avant la demeure, est tenu seulement de faire raison des fruits qu'il a perçus; au lieu que depuis la demeure, il est tenu de faire raison même de ceux qu'il n'a pas perçus, si l'acheteur eût pu les percevoir.

48. Enfin, la livraison à laquelle le vendeur s'engage par le contrat de vente, est une livraison par laquelle il doit transférer à l'acheteur tout le droit qu'il a dans la chose et par rapport à cette chose.

Mais le vendeur ne s'oblige pas par le contrat précisément à transférer la propriété de la chose qu'il vend, s'il n'en est pas le propriétaire; il s'oblige seulement à mettre l'acheteur en possession de la chose, et à le défendre contre tous ceux qui par la suite voudroient la lui faire

délaisser, ou y prétendre quelques droits : *Hactenùs teneur ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat;* l. 30, §. 1, *de act. empt.* C'est pourquoi, si quelqu'un m'a vendu de bonne foi un héritage qui ne lui appartenoit pas, dont il m'a mis en possession, quoique je vienne à découvrir par la suite qu'il n'en étoit pas le propriétaire, néanmoins je n'ai aucune action contre lui, tant que je ne suis troublé par personne, comme nous l'avons observé *suprà, n.* 1.

On a coutume d'opposer contre cette décision la loi *fin.* ff. *de cond. caus. dat.*, et on a coutume aussi d'y répondre que la loi opposée n'est pas dans le cas d'un contrat de vente, mais dans le cas d'une autre espèce de contrat, *do ut des*, dans lequel quelqu'un s'étoit formellement obligé à transférer à l'autre contractant la propriété de l'esclave Stichus, qui faisoit l'objet de ce contrat.

Caillet, professeur de Poitiers, vers le commencement du 17e siècle, dans un fort beau commentaire *ad tit. Cod. de evict.*, qui est dans le *Thesaurus* de M. Meerman, *tome* 2, *ad* l. 5, *d. tit.*, dit que le principe des jurisconsultes romains, que le vendeur n'est pas censé s'obliger précisément à transférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue, est un principe purement arbitraire, adopté par ces jurisconsultes, qui n'est point pris dans la nature, et qui ne doit point être suivi dans notre pratique françoise : cet auteur ne cite aucun garant de son opinion. Le principe des jurisconsultes paroît avoir son fondement dans la nature du contrat et dans les termes qui y sont usités : on y dit que le vendeur *vend;* et pour expliquer ce terme *vend*, on ajoute *cède, quitte et délaisse, et promet garantir et défendre de tous troubles*. Ces termes ne présentent d'autre obligation contractée par le vendeur, que celle de céder à l'acheteur tout le droit qu'il a dans la chose en la lui délaissant, et de le défendre de tous troubles qu'on pourroit apporter à sa possession. L'obligation de transférer la propriété de la chose n'est point exprimée par ces termes.

ARTICLE II.

Du temps et du lieu de la livraison.

§. I. Du temps.

49. Pour que le vendeur remplisse son engagement, il ne suffit pas qu'il soit prêt à livrer la chose qu'il a vendue; il faut qu'il la livre dans le temps et au lieu où elle doit être livrée.

S'il a été convenu, par le contrat, d'un terme dans lequel la livraison devroit se faire, elle doit se faire dans ce terme; et si l'acheteur a souffert de ce qu'elle n'a pas été faite dans le terme, le vendeur est tenu des dommages et intérêts de l'acheteur. Il n'en seroit pas néanmoins tenu si c'étoit par un cas imprévu qu'il n'eût pu me faire la livraison au temps marqué; *putà*, si un charpentier qui m'a vendu un pressoir, qu'il s'est obligé de me faire et de me livrer pour la vendange prochaine, a été surpris par une maladie si aiguë, qu'il n'a pu le livrer au temps marqué, ni m'avertir de me pourvoir ailleurs, il ne sera pas tenu du dommage que j'en souffre. *Molin. Tr. de eo quod int. n.* 187.

Quoique, selon les principes de droit, le seul laps du terme, sans interpellation, constitue suffisamment en demeure le vendeur, et le rende sujet aux dommages et intérêts de l'acheteur; néanmoins, dans nos usages, le vendeur doit être interpellé par une interpellation judiciaire, c'est-à-dire par une assignation ou sommation.

50. Quand il n'y a point eu de terme préfini par le contrat, le vendeur doit livrer la chose aussitôt que l'acheteur qui en a payé le prix, ou qui l'offre, la demande, à moins qu'il n'y eût quelque juste cause qui en retardât la livraison.

§. II. Du lieu.

51. Lorsqu'on est convenu du lieu de la livraison, elle

doit se faire en ce lieu ; l'acheteur n'est point obligé de la recevoir ailleurs, et il ne peut exiger du vendeur qu'il la livre ailleurs.

52. S'il n'y a point de lieu exprimé, la livraison doit se faire au lieu où est la chose. C'est à l'acheteur à l'envoyer chercher ; le vendeur ne peut pas, depuis le contrat, sans une juste cause, la transporter dans un autre lieu où la livraison seroit plus incommode ou plus coûteuse à l'acheteur : s'il le fait, il doit indemniser l'acheteur de ce qu'il lui en aura coûté de plus pour l'enlever.

ARTICLE III.

De l'obligation de conserver la chose jusqu'à la livraison.

53. L'obligation que le vendeur contracte *præstare emptori rem habere licere*, renferme manifestement celle de veiller à la conservation de cette chose jusqu'à la livraison.

54. Quelle diligence doit-il apporter à cela ? Il suffit qu'il y apporte une diligence commune et ordinaire : on n'exige pas de lui la plus scrupuleuse diligence ; cela est décidé par la loi 35, §. 4, *de cont. empt.* ; et la décision est conforme à ce principe de droit : *In contractibus in quibus utriusque contrahentis utilitas versatur, levis culpa, non etiam levissima præstatur* ; l. 5, §. 2, ff. *commod.*

55. Cette obligation de veiller à la conservation de la chose vendue cesse lorsque l'acheteur est en demeure d'enlever la chose qui lui a été vendue ; car cette obligation étant une suite de celle de livrer la chose, le vendeur est censé ne s'être obligé à prendre ce soin que jusqu'à la livraison ; il doit donc être déchargé de ce soin lorsqu'il ne tient pas à lui que la chose ne soit livrée : il ne doit pas dépendre de l'acheteur, en retardant par son fait la livraison, de prolonger l'obligation du vendeur à cet égard.

Quoique le vendeur soit en ce cas déchargé du soin de veiller à la conservation de la chose vendue, il ne laisse pas d'être obligé, par rapport à la chose vendue, à tout ce qu'exige la bonne foi : *Quùm moram emptor adhibere cœpe-*

rit, jam non culpam, sed dolum tantùm præstandum à venditore; l. 17, ff. *per. et com. rei vend.* C'est pourquoi, si depuis que l'acheteur est en demeure d'enlever la chose, le vendeur, par malice, la laisse perdre ou détruire, il sera tenu de cette perte. Il en est de même si on peut lui reprocher une négligence crasse, une lourde faute; car une telle faute ne diffère guère de la malice, et est contraire à la bonne foi : *Lata culpa dolo comparatur;* l. 1, §. 1, ff. *Si mens fals. Dissoluta negligentia, propè dolum est;* l. 29, ff. *mand.* Par exemple, depuis que le marchand à qui j'ai vendu mon vin est en demeure de l'enlever, quoique le vin soit sur ses risques, et que je ne sois plus obligé de veiller à sa conservation, néanmoins si l'on vient m'avertir qu'il est en danger imminent de se perdre, et qu'étant sur le lieu, et ayant la facilité d'y faire apporter remède, je néglige de le faire, c'est de ma part une négligence affectée qui tient de la malice, qui me doit rendre responsable de la perte.

ARTICLE IV.

Quand l'extinction ou la perte de la possession de la chose vendue fait-elle cesser l'obligation de la livrer?

§. I. De la perte ou extinction de la chose.

56. Suivant les principes que nous avons établis en notre Traité des obligations, *p.* 3, *ch.* 6, lorsqu'on a vendu un corps certain, l'obligation de livrer la chose vendue étant l'obligation d'un corps certain, cette obligation cesse et s'éteint lorsque la chose vendue vient à périr sans la faute du vendeur, et avant qu'il ait été constitué en demeure de la livrer; car il ne peut plus y avoir de dette lorsqu'il n'y a plus de chose due.

S'il restoit quelque chose de la chose vendue, le vendeur seroit seulement tenu de livrer ce qui en reste.

57. Lorsque c'est par le fait ou la faute du vendeur que la chose est périe, il n'est pas quitte de son obligation; mais il est tenu envers l'acheteur de ses dommages et in-

térêts résultants de la perte de la chose : c'est l'effet de son obligation de conserver la chose, qui est accessoire à celle de la livrer.

Il en est de même lorsque la chose a péri par le fait de quelqu'un, des faits duquel le vendeur est responsable, tels que sont ses domestiques; *Tr. des obl. n.* 456. Mais si la chose a péri par le fait d'un étranger, que le vendeur n'a pu empêcher, le vendeur est libéré de son obligation; il est seulement tenu de subroger l'acheteur en ses droits et actions contre celui qui a causé la perte de la chose.

58. Ces principes ont lieu lorsque la chose a péri avant que le débiteur ait été mis en demeure de la livrer : mais si elle n'a péri que depuis, quoiqu'elle soit périe sans la faute du vendeur, et par une force majeure, le vendeur n'est pas toujours en ce cas quitte de son obligation; car si la chose ne fût pas également périe chez l'acheteur, s'il la lui eût livrée lorsqu'il a été sommé de le faire, il est tenu d'en payer l'estimation à l'acheteur. La raison est, comme nous l'avons expliqué en notre Traité des obligations, *n.* 663, qu'un créancier ne doit pas souffrir de la demeure du débiteur : *Mora debitoris non debet esse creditori damnosa.* C'est pourquoi, par exemple, si depuis que j'ai été mis en demeure de vous livrer le cheval que je vous avois vendu, le tonnerre est tombé sur mon écurie où il étoit, et l'a tué, je serai tenu de cette perte; car elle ne seroit pas arrivée si j'avois livré le cheval.

Mais quoique la chose soit périe depuis la demeure, si elle fût également périe chez l'acheteur, le vendeur n'est point tenu de la perte, et il est également quitte de son obligation; car on ne peut pas dire en ce cas que l'acheteur ait rien souffert de la demeure : comme, par exemple, si un cheval vendu est mort, quoique depuis la demeure du vendeur, d'une colique ou autre maladie qu'il auroit eue également chez l'acheteur; *Tr. des obl. n.* 664.

Néanmoins si l'acheteur étoit un maquignon qui achetoit le cheval pour le revendre, le vendeur sera, même dans le cas de l'espèce proposée, tenu de la perte du che-

val; car l'acheteur auroit pu revendre le cheval avant qu'il eût cette maladie, et par conséquent on ne peut pas dire que la chose soit également périe chez l'acheteur; *ibid.*

§. II. Du cas auquel la chose vendue a été mise hors du commerce.

59. Lorsque depuis le contrat la chose vendue a cessé d'être dans le commerce, sans le fait ni la faute du vendeur, comme lorsque, par autorité publique, le champ qu'on m'avoit vendu a été pris pour faire un grand chemin, l'obligation de livrer la chose cesse et est éteinte; et le vendeur est seulement tenu de subroger l'acheteur en ses droits pour recevoir du Roi l'indemnité, si le Roi juge à propos d'en accorder une; *Tr. des obl. n.* 650.

§. III. Du cas auquel le vendeur a perdu depuis le contrat la possession de la chose vendue.

60. Quoique la chose qui m'a été vendue subsiste encore, et ne soit pas hors du commerce; si depuis le contrat le vendeur en a perdu la possession par quelque cause nouvellement survenue, et qu'il n'a pu empêcher, comme si elle lui a été ravie par violence, son obligation de la livrer cesse, et il n'est tenu à autre chose qu'à me subroger aux actions qu'il peut avoir pour en recouvrer la possession, pour que je les exerce à mes risques; *Tr. des obl. n.* 656.

Mais lorsque le vendeur a vendu une chose qui n'étoit pas en sa possession lors du contrat, ou qui étoit sujette à être évincée par quelque cause qui existoit dès le temps du contrat, et dont il auroit été obligé de garantir l'acheteur, même après qu'il la lui auroit eu livrée, *infrà, sect.* 2; quoique dans ce cas le vendeur n'ait pas la possession de la chose, et qu'il ne la puisse livrer, pourvu que la chose existe, l'obligation qu'il a contractée de la livrer subsiste, et il est tenu des dommages et intérêts résultants de son inexécution. *Nec obstat* qu'on ne peut être tenu à l'impossible; car cette maxime n'est vraie qu'à l'égard de l'impos-

sibilité absolue, et non d'une impossibilité relative, comme nous l'avons expliqué en notre Traité des obligations, *n.* 133, 136.

ARTICLE V.

De l'action qui naît de l'obligation de livrer la chose, et des dommages et intérêts auxquels le vendeur doit être condamné en cas d'inexécution de cette obligation.

61. De l'obligation que le vendeur contracte envers l'acheteur de lui livrer la chose vendue, naît l'action *ex empto*, qu'a l'acheteur contre le vendeur pour se la faire livrer avec tout ce qui en dépend, les titres et les fruits.

Nous examinerons, 1° quelle est la nature de cette action; 2° à quoi est tenu l'acheteur pour être reçu à l'intenter; 3° si l'acheteur peut, en vertu de cette action, se faire mettre de force en possession de la chose vendue lorsque le vendeur ne veut pas la livrer; 4° en quoi se résout cette action, faute de tradition; 5° quelles sont les espèces de dommages et intérêts dont le vendeur est tenu.

§. I. De la nature de l'action *ex empto*.

62. L'action *ex empto* est une action simplement personnelle, qui ne peut avoir lieu que contre le vendeur et ses héritiers : elle ne peut avoir lieu contre un tiers détenteur, à qui celui qui m'a vendu la chose l'auroit depuis vendue et livrée, contre la foi du contrat qu'il avoit fait avec moi auparavant. C'est une suite du principe que nous avons établi en notre Traité des obligations, *n.* 151 *et* 152, que l'obligation de donner une chose ne donne aucun droit dans la chose à celui envers qui elle est contractée.

Cette action personnelle *ex empto* est une action mobilière ou immobilière, suivant que la chose vendue qui en fait l'objet est une chose mobilière ou immobilière.

§. II. A quoi est tenu l'acheteur pour être reçu à l'action *ex empto*.

63. Régulièrement l'acheteur ne peut intenter cette action

contre le vendeur, qu'il ne lui offre le prix convenu, s'il ne l'a pas encore payé : car il ne peut être recevable à demander que le vendeur satisfasse à son engagement, s'il n'est de son côté prêt à satisfaire au sien.

Il doit offrir le paiement de tout le prix qu'il doit : s'il n'en offroit qu'une partie, il ne seroit pas recevable à demander la livraison de la chose qui lui a été vendue, ni même de la moindre partie de cette chose ; le vendeur ayant le droit de la retenir comme par forme de nantissement pour la sûreté du paiement entier du prix qui lui est dû. C'est pourquoi, de même qu'un débiteur n'est pas reçu à redemander la plus petite partie de la chose qu'il a donnée en nantissement à son créancier, s'il ne lui paie la somme entière pour laquelle elle est en nantissement ; de même l'acheteur n'est pas reçu à demander la plus petite partie de la chose qui lui a été vendue, s'il n'est prêt à payer le prix entier qu'il doit au vendeur.

C'est ce qu'enseigne la Loi 13, §. 8, ff. *de act. empt. Offerri pretium venditori ab emptore debet, quùm ex empto agitur; et ideò etsi pretii partem offerat, nondùm ex empto est actio; venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit.*

64. Cette décision a lieu, non seulement pendant que l'action *ex empto* est encore indivisée, mais même après qu'elle a été divisée par la mort de l'acheteur qui a laissé plusieurs héritiers. Un de ces héritiers ne sera pas reçu à demander la part qui lui revient dans la chose vendue, s'il n'offre de payer le prix entier de la vente ; sauf à lui à se faire faire raison par son cohéritier de la part dont son cohéritier est tenu ; l. 78, §. 2, *de contr. empt.*

65. Le juge peut néanmoins quelquefois modérer la rigueur du principe que nous venons d'établir, lorsque l'équité paroît le demander dans certaines circonstances, comme dans l'espèce suivante. *Finge.* Un cabaretier a acheté de quelqu'un un cellier de quarante tonneaux de vin pour une certaine somme, payable en l'enlevant. Ce cabaretier n'ayant pas encore toute la somme, qu'il compte avoir

dans huit jours, demande qu'il lui soit permis d'enlever la quantité de deux tonneaux qui lui sont nécessaires pour entretenir jusqu'à ce temps son cabaret, aux offres de payer, à compte du prix qu'il doit, une somme beaucoup plus forte que la valeur des deux tonneaux. Il est évident que dans cette espéce il y auroit de l'inhumanité à ne pas l'écouter dans cette demande, en s'attachant trop scrupuleusement au principe de droit, qui ne permet pas à l'acheteur de demander une partie de la chose vendue avant qu'il ait payé le total du prix.

66. Si l'acheteur avoit demandé la chose vendue sans offrir d'en payer le prix, et que sur sa demande, par une sentence en dernier ressort, le vendeur eût été condamné à la livrer, sans qu'il fût porté par la sentence que c'est à la charge de payer préalablement le prix, l'acheteur seroit-il reçu à poursuivre l'exécution de cette condamnation sans offrir le paiement du prix? *Fabian de Monte* agite la question en son traité de *empt. vend.* qui est dans la grande collection, *tome* 6, *pag.* 1, 61 : il rapporte l'opinion de quelques anciens docteurs qui ont pensé qu'il y étoit recevable, et que le vendeur ne pouvoit plus se défendre d'exécuter la condamnation, en opposant qu'il n'étoit pas payé du prix; les exceptions, même péremptoires, devant être opposées avant la condamnation, et ne pouvant l'être après. L'opinion contraire, que cet auteur embrasse, est plus véritable. Quoique la sentence qui condamne le vendeur à livrer la chose ne porte pas expressément que ce sera à la charge par l'acheteur de payer préalablement le prix, cette charge doit y être sous-entendue; car cette charge est de la nature de l'action *ex empto*, sur laquelle la sentence est intervenue; et dans les choses qui ne tendent pas à aggraver, mais à tempérer la condamnation, le juge est censé l'avoir prononcée relativement et conformément à la nature de l'action sur laquelle elle est intervenue. A l'égard de ce qu'on allégue pour l'autre opinion, que les exceptions ne peuvent plus s'opposer après la condamnation, la réponse est que cette régle n'a lieu qu'à

l'égard de celles qui tendoient à attaquer et impugner la condamnation, et non à l'égard de celles qui n'attaquent pas la condamnation, mais qui concernent seulement son exécution. C'est sur ce fondement que l'exception qu'on appeloit *competentiæ*, qu'avoient par les lois romaines certaines personnes, *ne ultrà quàm facere possent ab eis exigeretur*, pouvoit s'opposer, même après la condamnation; *l.* 41, §. 2, ff. *de re jud.* C'est sur ce fondement que si j'ai été condamné à vous payer une certaine somme que je vous devois, je puis, quoiqu'après la condamnation, vous opposer la compensation de celle que vous me devez; *Tr. des obl. n.* 625. Dans le cas dont il est ici question, l'exception que le vendeur oppose, tendante à ce que l'acheteur soit tenu de payer le prix avant que la chose lui soit délivrée, est une exception de cette espèce. Le vendeur, par cette exception, n'attaque pas la sentence qui l'a condamné à délivrer la chose vendue, il est prêt à l'exécuter; mais il soutient avec justice que l'acheteur doit satisfaire de sa part à son obligation, en payant préalablement le prix.

67. Le principe que nous venons d'établir, que l'acheteur n'est pas reçu à demander que la chose vendue lui soit livrée, s'il n'offre d'en payer le prix, n'a pas lieu, lorsque le vendeur, par le contrat, lui a accordé pour le paiement un terme qui n'est pas expiré.

Néanmoins si depuis le contrat l'acheteur avoit souffert un dérangement dans sa fortune, qui fût tel que le vendeur courût risque de perdre le prix, il pourroit, nonobstant le terme accordé par le contrat, se défendre de livrer la chose, à moins que l'acheteur n'offrît ou le paiement, ou du moins une caution suffisante pour le paiement du prix.

Observez qu'il n'y a que le terme de droit porté par le marché, qui puisse autoriser l'acheteur à exiger la chose vendue avant qu'il en ait payé le prix; un terme de grace n'est pas suffisant. Par exemple, si un acheteur a obtenu des lettres de répit, ou des lettres d'état qui lui accordent surséance pour le paiement de ses dettes, le vendeur n'est pas pour cela tenu de lui délivrer la chose sans payer;

l'effet de ce terme se borne à empêcher les poursuites qu'on pourroit faire contre lui pour le contraindre; *arg. l.* 50, ff. *de act. empt.*

§. III. Si l'acheteur peut par cette action faire enlever par force la chose vendue.

68. On a agité la question, si le vendeur qui a été condamné à livrer la chose, et qui l'a en sa possession, peut être contraint précisément à la livrer, ou si, sur son refus de la livrer, son obligation et la condamnation doivent seulement se convertir en une obligation et en une condamnation de dommages et intérêts. Plusieurs interprètes du droit romain, et entre autres Sculting et Noodt, ont été de ce dernier sentiment. Ils se fondent, 1°. sur la loi 4, *Cod. de act. empt.*, qui dit formellement que le vendeur qui, par malice et obstination, ne livre pas la chose, doit être condamné aux dommages et intérêts de l'acheteur : *Si traditio rei venditæ* PROCACIA *venditoris non fiat, quanti interesse compleri emptionem fuerit arbitratus præses, tantùm in condemnationis taxationem deducere curabit.* Ils disent 2°. que le vendeur demeurant propriétaire de la chose vendue jusqu'à la tradition, il seroit incivil de le dépouiller par force de sa propre chose. Enfin, 3°. ils allèguent que c'est une maxime de droit que *Nemo potest cogi præcisè ad factum;* d'où ils concluent que *Nemo potest cogi ad traditionem.*

L'opinion contraire a aussi d'illustres défenseurs. Je la crois plus véritable, et je pense qu'en cas de refus par le vendeur de livrer la chose vendue qu'il a en sa possession, le juge peut permettre à l'acheteur de la saisir et de l'enlever, si c'est un meuble; ou de s'en mettre en possession, si c'est un fonds de terre ou une maison, et d'en expulser le vendeur par le ministère d'un sergent, s'il refusoit d'en sortir. Il est facile de répondre aux raisons alléguées ci-dessus pour la première opinion. La réponse à la loi 4, *Cod. de act. empt.*, est que cette loi accorde bien à l'acheteur l'action *in id quod interest*, contre le vendeur qui refuse injustement de lui livrer la chose vendue; mais elle

ne dit pas que cette action soit le seul moyen qu'il ait pour se faire rendre justice. Paul, *Sent.* 1, 13, 4, dit formellement que le vendeur peut être contraint précisément à livrer la chose, *potest cogi ut tradat:* mais comme il n'est pas toujours facile à l'acheteur de se faire mettre *manu militari* en possession de la chose vendue, le vendeur pouvant la soustraire et la cacher, il est permis à l'acheteur, par cette loi, d'avoir recours à l'action *in id quod interest;* il a le choix des deux moyens. A l'égard de ce qu'on dit en second lieu, que le vendeur demeurant propriétaire de la chose vendue, il seroit incivil de lui ôter de violence ce qui lui appartient, je réponds qu'il n'y a pas plus d'incivilité à cela, qu'à saisir les biens d'un débiteur qui refuse de payer ce qu'il doit. Enfin, quant à ce qu'on dit que *Nemo potest cogi ad factum*, et que les obligations qui consistent à faire quelque chose se résolvent *in id quod interest actoris*, je réponds que cette maxime n'a d'application que lorsque le fait renfermé dans l'obligation est un pur fait de la personne du débiteur, *merum factum;* comme lorsque quelqu'un s'est obligé envers moi de me copier mes cahiers ou de me faire un fossé, il est évident que je ne puis le faire écrire ou travailler au fossé malgré lui, et que son obligation, en cas de refus par lui de l'exécuter, doit nécessairement se résoudre en dommages et intérêts. Il n'en est pas de même du fait de la tradition : ce fait *non est merum factum, sed magìs ad dationem accedit;* et le débiteur peut y être contraint par la saisie et l'enlèvement de la chose qu'il s'étoit obligé de livrer. Notre sentiment est celui de Cujas, *ad* l. 1, ff. *de act. empt.;* de Zoes, *parat. ad d. t.;* de Perez, *Cod. ad d. t.;* de Davesan, *Tr. de empt. vend.*

Parmi ceux mêmes qui croient la première opinion plus conforme au droit romain, il y en a qui conviennent que les Romains s'étoient écartés en cela du droit naturel. C'est le sentiment de Barbeyrac. Enfin il paroît que l'opinion que nous embrassons est suivie dans la pratique, comme en convient Wissemback, quoiqu'il soit de l'opinion contraire.

Il y a néanmoins certains cas dans lesquels, pour des considérations particulières, notre décision doit souffrir exception. Par exemple, si une personne qui étoit dans l'intention de démolir sa maison, m'a vendu une certaine poutre, ou quelque autre chose faisant partie de cette maison; quoique les lois romaines, qui ne permettoient pas la vente des choses unies à des édifices, n'aient pas lieu parmi nous, et que cette vente soit valable, néanmoins, si le vendeur, ayant changé d'avis, et ne voulant plus démolir sa maison, refuse de me livrer ces choses, on ne me permettra pas de démolir sa maison pour enlever les choses qu'il m'a vendues qui y sont unies, et son obligation doit en ce cas se résoudre en dommages et intérêts. Il y a un intérêt public qui s'oppose à la démolition d'un édifice; et d'ailleurs, lorsque le débiteur doit ressentir de l'exécution de son obligation un dommage beaucoup plus considérable que celui que le créancier peut ressentir de l'inexécution, il est de l'équité que le créancier se contente d'être indemnisé de ce qu'il souffre de l'inexécution, par une condamnation de dommages et intérêts, et qu'il ne puisse contraindre en ce cas le débiteur à l'exécution précise de l'obligation. C'est ce qui résulte du second précepte de la loi, qui nous oblige d'aimer notre prochain comme nous-mêmes.

§. IV. En quoi se résout l'action *ex empto*, à défaut de tradition.

69. Les interprétes du droit romain qui ont écrit avant Dumoulin, ne reconnoissoient dans les conclusions secondaires de l'action *ex empto*, en cas de défaut de tradition et en cas d'éviction, qu'un seul objet; savoir, la condamnation de la somme à laquelle devoit être estimé l'intérêt présent qu'a l'acheteur d'avoir la chose qui ne lui a pas été livrée, ou dont il a souffert éviction. De ce principe ils tiroient cette conséquence, que si eu égard à l'état présent de la chose vendue, qui depuis le contrat seroit considérablement diminuée de prix, l'estimation de l'intérêt qu'a l'acheteur d'avoir cette chose étoit portée à une somme au-

dessous du prix pour lequel elle avoit été vendue, le vendeur ne devoit rendre que cette somme, et pouvoit retenir le surplus du prix. Domat, *liv.* 1, *t.* 2 *du Contrat de Vente, sect.* 10, *n.* 15, quoiqu'il ait écrit long-temps depuis Dumoulin, a aussi suivi l'ancienne opinion: elle est aussi suivie par Caillet, professeur de Poitiers, dans l'élégant commentaire qu'il a fait sur le titre du Code *de evict.* Dumoulin, qui a mieux approfondi cette matière qu'aucun interprète, dans son traité *de eo quod interest, n.* 68, 69, *etc.*, réfute cette opinion, et enseigne que l'action *ex empto in id quod interest*, en cas de défaut de tradition, de même qu'en cas d'éviction, a deux objets; le principal est la restitution du prix qui a été payé, ou la décharge de celui qui seroit encore dû; le second est le paiement de tout ce que l'acheteur souffre de plus par le défaut de tradition ou par l'éviction. Ces deux objets se trouvent clairement distingués en la loi 43, ff. *de act. empt. Non pretium continet* TANTUM, *sed omne quod interest emptoris.*

C'est pourquoi, lorsque la chose que j'ai achetée a été depuis le contrat considérablement détériorée et dépréciée, soit par ma négligence, soit par cas fortuit; *putà*, si j'ai acheté une maison pour le prix de 20,000 livres, et que depuis le contrat une partie des bâtiments ait été consumée par le feu du ciel, de manière que cette maison ne vaille que 10,000 liv., et qu'en conséquence l'intérêt que j'ai aujourd'hui d'avoir ou de retenir cette maison soit d'une valeur beaucoup moindre que n'est le prix de 20,000 liv. pour lequel je l'ai achetée; néanmoins j'ai droit, en cas de défaut de tradition ou en cas d'éviction, de demander à mon vendeur la restitution de ce prix entier de 20,000 liv. La raison est qu'il est de la nature de tous les contrats commutatifs et synallagmatiques, tel qu'est le contrat de vente, que l'une des parties ne contracte son engagement envers l'autre qu'à la charge que l'autre partie ne manquera pas au sien. C'est pourquoi n'ayant contracté envers mon vendeur l'engagement de lui payer le prix qu'autant qu'il ne manqueroit pas au

sien, et mon vendeur y ayant manqué par le défaut de tradition, ou faute de me défendre de l'éviction que j'ai soufferte, l'obligation que j'avois contractée envers lui de lui payer le prix, de même que le droit qui résultoit à son profit de son obligation, se résolvent. Mon vendeur cesse dès-lors d'avoir aucun droit au profit que je me suis obligé de lui payer; d'où il suit qu'il ne peut en rien exiger, et que s'il a été payé, il n'en peut rien retenir, et que je le puis répéter en entier, *condictione sine causâ.* D'ailleurs, il est manifestement contre l'équité que mon vendeur, qui est en faute en me vendant une chose qui ne lui appartient pas, et qui me trompe, profite de cela pour gagner sur moi une partie du prix. On oppose en vain contre ce sentiment la loi 23, *Cod. de evict.*, où il est dit qu'il est dû à l'acheteur, en cas d'éviction, *quanti tuâ interest*, *non quantùm pretii nomine dedisti;* car cela doit s'entendre en ce sens, *non* (SOLUM) *quantùm pretii nomine dedisti.* On oppose aussi la loi 8, ff. *de hær. vend.*, où il est dit que dans le cas de l'action qu'a l'acheteur contre celui qui lui a vendu des droits successifs comme lui appartenants, qui ne lui appartenoient pas, on doit estimer ce que valent ces droits. Dumoulin répond fort bien à cette objection, que cette estimation ne se fait qu'en faveur de l'acheteur contre le vendeur, qui doit être condamné à payer toute la valeur de ces droits successifs, au cas qu'ils valussent plus que le prix pour lequel ils ont été vendus; mais il doit toujours rendre tout le prix, quand même ils vaudroient moins.

A l'égard de la loi 70, ff. *de evict.*, sur laquelle Domat se fonde, et où Paul dit: *Evictâ re ex empto actio*, *non ad pretium duntaxat recipiendum*, *sed ad id quod interest competit; ergò et si minor esse cœpit*, *damnum emptoris est;* Dumoulin répond que ces termes, *damnum emptoris est*, ne se réfèrent pas *ad pretium recipiendum*, le prix devant être toujours restitué en entier à l'acheteur en cas d'éviction; mais ils se réfèrent seulement *ad id quod interest emptoris:* car, de même que ce *id quod interest emptoris non habere*

licere, augmente à mesure que la chose augmente en valeur, de même il diminue et se réduit à rien lorsque la chose diminue de valeur; et en ce sens, *si res minor esse cœpit, damnum emptoris est.* On doit faire la même réponse à la loi 45, ff. *de act. emp.* qui est aussi citée par Domat pour son opinion. Ce qui est dit en cette loi, que *Minuitur præstatio, si servus deterior apud emptorem effectus sit, quùm evincitur*, ne doit pas s'entendre en ce sens, *ut minuatur præstatio quantùm ad restitutionem pretii*, mais seulement *ut minuatur præstatio ejus quod ultrà pretium interesse posset emptoris;* parceque ce *hoc quantùm interest* se régle eu égard à l'état auquel se trouve la chose au temps de l'éviction, et non à l'état auquel elle étoit au temps du contrat.

La loi *ex mille*, 64, qui est aussi citée par Domat, n'a aucune application à cette question. Elle n'est pas dans l'espéce d'un chose qui auroit été simplement détériorée ou dépréciée; mais elle est dans l'espéce d'une chose dont une partie a été entièrement détruite, et dont par conséquent l'acheteur ne peut plus être évincé, puisqu'elle ne subsiste plus: d'où il suit que lorsque par la suite l'acheteur souffre éviction d'une partie de ce qui reste de cette chose, le vendeur ne peut être tenu de la restitution du prix que pour la partie dont l'acheteur est évincé, et non pour la partie qui ne subsiste plus, et dont il ne peut par conséquent être évincé. Voyez l'explication de cette loi que donne Dumoulin, et que nous rapportons *infrà, n.* 153. Enfin on ne peut tirer contre la doctrine de Dumoulin aucun argument de la loi 66, §. *fin.* ff. *de evict.;* car la garantie des partages, dont il est parlé dans cette loi, se régit par d'autres principes que la garantie dont est tenu un vendeur, comme nous le verrons *infrà, part.* 7, *sect.* 6. Outre les arguments tirés de ces lois, Caillet oppose encore que le sentiment de Dumoulin est contraire au principe de droit, suivant lequel la diminution qui survient depuis le contrat de vente doit tomber sur l'acheteur. Or, dit-il, elle n'y tomberoit pas, si nonobstant cette

diminution il avoit droit de répéter, en cas d'éviction, le prix entièr qu'il a payé. La réponse est que, suivant les principes de droit, la diminution qui arrive sur la chose vendue doit tomber sur l'acheteur, tant qu'elle lui reste; et que le vendeur ne contrevient pas à son obligation; mais lorsqu'il y contrevient, les principes de droit n'empêchent pas qu'il ne doive rendre le prix entier. Au contraire, les principes de droit, et le seul bon sens, enseignent que le vendeur, ne remplissant pas son engagement, l'acheteur est dégagé de celui qu'il avoit contracté de lui payer le prix. Caillet insiste, et dit que les raisons de Dumoulin ne portent que contre le vendeur de mauvaise foi; que le vendeur de bonne foi remplit son engagement en entier, en offrant les dommages et intérêts. La réponse est, que l'obligation des dommages et intérêts n'est qu'une obligation secondaire, qui suppose l'inexécution de l'obligation principale : or il suffit qu'il y ait eu une inexécution de l'obligation principale du vendeur, pour que l'acheteur ait été libéré de la sienne. C'est aussi mal-à-propos que Caillet avance que Dumoulin a changé d'avis au *n.* 124 du même traité. La question qu'il y traite ne se décide pas par ces principes généraux, comme nous le verrons *infrà*, *n.* 163, où nous rapporterons cette question.

§. V. De quelles espèces de dommages et intérêts le vendeur est-il tenu, à défaut de tradition?

70. Les dommages et intérêts dont le vendeur est tenu ordinairement à défaut de tradition, de même qu'en cas d'éviction, sont tout ce que l'acheteur perd ou manque de gagner par rapport à la chose même qui a fait l'objet du contrat, au-delà du prix qu'il a payé, *id quod interest propter ipsam rem non habitam.*

71. Tout ce qu'il en a coûté à l'acheteur outre le prix, fait partie de ces dommages et intérêts, tels que sont les frais de contrat, de centième denier, les profits payés aux seigneurs, les frais de voyage pour voir l'héritage, etc.

72. Ce que la chose vaut de plus qu'elle ne valoit lors

du contrat par l'augmentation du prix survenu sur les choses de cette espèce, entre aussi dans les dommages et intérêts. C'est pourquoi si, par exemple, on m'a vendu un tonneau de vin, et que le vin soit enchéri depuis le contrat, le vendeur, à défaut de livraison du vin qu'il m'a vendu, doit me faire raison de l'augmentation du prix; car par le défaut de tradition j'ai perdu le profit de l'augmentation, profit que j'eusse eu si la chose m'eût été livrée; l. 21, ff. 3, *de act. empt.*

73. Au reste, cette action ne s'étend ordinairement, comme nous l'avons dit, qu'aux dommages et intérêts que l'acheteur a soufferts par rapport à la chose même qui lui a été vendue; car ce ne sont ordinairement que ceux-ci qui ont été prévus, et auxquels le vendeur ait entendu se soumettre. C'est pourquoi ordinairement cette action ne s'étend pas aux dommages et intérêts que l'acheteur a soufferts d'ailleurs *extrinsecùs*, et dont l'inexécution du contrat n'a été que la cause éloignée. C'est ce que Paul décide, d. l. 21, §. 3 : *Quùm per venditorem steterit quominùs rem tradat, omnis utilitas emptoris in æstimationem venit, quæ modo* CIRCA IPSAM REM *consistit.* Par exemple si l'on a vendu de l'avoine à un laboureur, le dommage que le défaut de livraison lui a occasioné dans ses chevaux, qui, n'ayant pas été nourris, sont devenus étiques, et dans ses terres, qui n'ont pu être labourées comme il faut par ses chevaux qui n'étoient pas nourris, ne pourra pas être prétendu contre le vendeur, ce dommage n'étant pas un dommage que l'acheteur ait souffert *circa ipsam rem venditam*, et dont le défaut de livraison n'a été qu'une cause occasionelle et éloignée. La loi citée rapporte des exemples semblables à celui-ci.

74. Quelquefois néanmoins l'action *ex empto* s'étend aux dommages et intérêts que l'acheteur a soufferts *extrinsecùs*, et dans ses autres biens; cela a lieu toutes les fois qu'il paroît par les circonstances qu'ils ont été prévus lors du contrat, et que le vendeur s'y est soumis, au moins tacitement, en cas d'inexécution de son engagement.

On peut apporter pour exemple le cas auquel un charpentier, averti de la ruine imminente de ma maison, m'auroit vendu des étais qu'il se seroit obligé de me livrer et de poser dans le jour, pour en prévenir la ruine. Si ce charpentier a, par négligence, manqué de me livrer les étais dans le temps marqué, et que ma maison, faute d'avoir été étayée, se soit écroulée le lendemain, ce charpentier doit être tenu de la perte que je souffre par l'écroulement de ma maison; car quoique ce dommage ne concerne point la chose même qui a été vendue, néanmoins il paroît que ce dommage que je souffre par la ruine de ma maison, est un dommage qui a été prévu lors du contrat, et auquel le charpentier qui m'a vendu les étais s'est tacitement soumis, en cas d'inexécution de l'engagement qu'il a contracté de me les livrer et de les poser dans le jour, puisqu'il a été averti de la ruine imminente de ma maison; que la vue de prévenir cette ruine a été la fin principale du contrat, et que c'est pour cette fin qu'il s'est obligé de me livrer et de poser les étais dans le jour.

Voyez dans notre Traité des obligations (*n.* 159 *et suiv.*), les régles générales que nous avons établies sur les dommages et intérêts qui résultent de l'inexécution de l'obligation de donner une chose. Ces régles s'appliquent au contrat de vente, de même qu'aux autres contrats.

§. VI. Des dommages et intérêts qui peuvent être prétendus par le vendeur pour le retard apporté dans la tradition.

75. Lorsque le vendeur a été mis en demeure de livrer la chose vendue, dans le temps qu'il la devoit livrer, quoiqu'il offre dans la suite de le faire, il n'est pas toujours, en la livrant, quitte de son obligation: car si l'acheteur a souffert de ce retard, le vendeur doit être condamné aux dommages et intérêts de l'acheteur.

Ces dommages et intérêts consistent à indemniser l'acheteur, tant des pertes que la demeure lui a fait souffrir, que des gains dont elle l'a privé par rapport à la chose qui lui a été vendue. Ainsi, 1° si la chose que vous m'avez vendue

a été détériorée; quoique par une force majeure, depuis que vous avez été mis en demeure de me la livrer, vous êtes tenu de me faire raison de ce que la chose vaut de moins par rapport à cette détérioration.

Cette décision a lieu dans le cas où l'accident par lequel cette chose a été détériorée ne seroit pas arrivé sur cette chose si vous me l'aviez livrée: elle a encore lieu quelquefois, même dans le cas où cet accident seroit également arrivé, savoir, lorsqu'il paroît, par ma qualité de marchand, que j'achetois cette chose pour la revendre, et que j'aurois eu le temps de la revendre avant l'accident, si vous me l'aviez livrée dans le temps que vous le deviez.

Mais cette décision n'a pas lieu dans le cas où j'aurois souffert également la perte de cette détérioration, quand même vous n'eussiez apporté aucun retard à me livrer la chose. Par exemple, si depuis que vous avez été mis en demeure de me faire délivrance d'une métairie que vous m'avez vendue, il est survenu une inondation qui a ensablé plusieurs terres qui en dépendent, je ne serai pas fondé à demander que vous me fassiez raison de cette perte; car je l'eusse également soufferte, quand même vous n'auriez apporté aucun retard à l'exécution de votre obligation: ce n'est donc point un dommage qui résulte de ce retard.

76. Dans les deux premiers cas dans lesquels le vendeur est tenu de la détérioration survenue sur la chose depuis sa demeure, non seulement l'acheteur peut demander que le vendeur lui fasse raison de ce que la chose vaut de moins, comme nous l'avons dit ci-dessus; il peut même quelquefois, au lieu de cela, refuser de prendre la chose, et prétendre contre le vendeur la restitution du prix, et ses dommages et intérêts, de même que dans le cas de défaut de tradition; cela a lieu lorsque la détérioration est considérable, et telle que l'acheteur n'eût point voulu acheter la chose, si elle eût été dès-lors en cet état.

77. 2° C'est encore une suite des dommages et intérêts qui résultent du retard que le vendeur a apporté à l'exé-

cution de son obligation, qu'il soit tenu de faire raison à l'acheteur de la perte par lui soufferte, ou du gain qu'il a manqué de faire par les diminutions survenues depuis le retard sur le prix de la chose vendue. *Finge*. J'ai vendu mon vin à un marchand sur le pied de cent livres le tonneau. Depuis le contrat le prix du vin est monté à cent vingt livres, et depuis que j'ai été mis en demeure de le lui livrer, le prix de ce vin, qu'il auroit pu revendre cent vingt livres, si je le lui eusse livré dans le temps que je le devois faire, est retombé à cent livres. Je dois être condamné à lui faire raison du gain de vingt livres par tonneau, que mon retard l'a empêché de faire.

78. 3° Les frais des voituriers que l'acheteur a envoyés pour enlever les marchandises au temps où elles devoient être livrées, qui sont revenus à vide par le refus qu'a fait le vendeur de les livrer, sont aussi une perte que l'acheteur souffre de la demeure du vendeur, et dont le vendeur doit l'indemniser.

79. En général, si la demeure du vendeur a engagé l'acheteur dans des dépenses nécessaires qu'il n'auroit pas faites sans ce retard, le vendeur est obligé à l'indemniser. Par exemple, si étant à Paris, j'ai acheté de vous deux chevaux pour mettre à mon carrosse, et que depuis que je vous ai mis en demeure de me les livrer, j'aie été obligé, pour aller à mes affaires, de louer des carrosses dont je n'aurois pas eu besoin si j'avois eu les chevaux que vous m'avez vendus, vous devez m'indemniser de cette dépense, en me remboursant de ce que j'ai été obligé de dépenser en loyer de carrosses de plus que ne m'auroit coûté la nourriture des chevaux pendant le temps que vous avez été en demeure de me les livrer.

Par la même raison, si j'ai acheté une maison dans une ville où je devois aller m'établir, dont le vendeur devoit me remettre les clefs à la Saint-Jean, et qu'y étant allé au temps marqué pour m'y établir, il ait été en demeure de me les remettre; il doit m'indemniser de la dépense que j'ai faite pendant le temps qu'il a été en demeure,

pour me loger ailleurs, et pour loger les meubles que j'avois transportés.

Observez que les dépenses dans lesquelles un acheteur prétend avoir été engagé par le défaut de tradition, doivent s'estimer avec modération, et autant seulement qu'elles paroissent vraisemblables et avoir été nécessaires.

80. 4° C'est encore un effet de la demeure, que le vendeur qui, avant la demeure, étoit tenu de rendre les fruits par lui perçus depuis le paiement du prix, soit tenu, depuis la demeure, de faire raison non seulement de ceux qu'il a perçus, mais même de ceux qu'il n'a ni perçus, ni pu percevoir, et qui auroient été perçus par l'acheteur, si la chose lui eût été livrée lorsqu'il l'a demandée. Par exemple, si j'ai vendu un cheval à un loueur de chevaux, et que j'aie été en demeure de le lui livrer, je suis tenu de l'indemniser de tout le gain qu'il auroit pu faire en louant ce cheval, pendant tout le temps que j'ai été en demeure de le lui livrer.

81. Il nous reste à observer que dans les dommages et intérêts qui résultent de la demeure, on ne comprend ordinairement que ce que l'acheteur a souffert ou manqué de gagner par rapport à la chose vendue, et non ce qu'il a souffert *extrinsecùs*. On n'y comprend pas sur-tout les pertes dont la demeure n'a été qu'une obligation éloignée. On peut appliquer ici les principes que nous avons touchés aux paragraphes précédents, et que nous avons établis plus au long dans notre Traité des obligations, *n.* 159 *et suiv.*

SECTION II.

De l'obligation de garantir l'acheteur des évictions.

82. L'obligation du vendeur n'est pas entièrement consommée par la tradition qu'il a faite de la chose vendue; il demeure encore, après cette tradition, obligé à défendre et garantir l'acheteur de toutes évictions par rapport à cette chose : cette obligation s'appelle *obligation de garantie.*

C'est ce qui résulte de cette maxime de Pomponius, en la loi 3, ff. *de act. empt. Datio possessionis quæ à venditore fieri debet, talis est, ut si quis eam possessionem jure avocaverit, tradita possessio non intelligatur.*

Nous verrons, 1° ce que c'est qu'éviction; 2° quelles évictions donnent lieu à la garantie; 3° à qui la chose doit être évincée; 4° quelle chose doit être évincée pour qu'il y ait lieu à la garantie; 5° nous traiterons de l'action qui naît de la garantie; 6° de l'exception qui en naît, des cas auxquels l'obligation de garantie n'a pas lieu.

ARTICLE PREMIER.

Ce que c'est qu'éviction.

83. Evincer, proprement, est ôter quelque chose à quelqu'un en vertu de sentence; *evincere est aliquid vincendo auferre. Eviction* est le délais qu'on oblige quelqu'un de faire d'une chose en vertu d'une sentence qui l'y condamne. Ce nom *d'éviction* se donne aussi dans l'usage, et à la sentence qui ordonne ce délais, et même à la demande qui est donnée pour le faire ordonner. C'est pourquoi les demandes en revendication, les demandes en action hypothécaire qui sont données contre quelqu'un, sont appelées, dans le langage du palais, des *évictions.*

C'est en ce sens qu'on dit que le vendeur est obligé de défendre et de garantir l'acheteur de *toutes évictions* par rapport à la chose vendue; c'est-à-dire, qu'il est obligé de le défendre de toutes les demandes, soit en revendication, soit en action hypothécaire ou autres qui pourroient être données contre lui par quelque personne que ce fût, pour lui faire délaisser la chose vendue, et de le garantir de toutes condamnations qui pourroient intervenir contre lui sur lesdites demandes; et que dans le cas où le vendeur ne pourroit empêcher que l'acheteur fût contraint à délaisser, il doit être tenu des dommages et intérêts de l'acheteur.

84. On appelle *éviction*, non seulement la sentence qui

condamne à délaisser une chose purement et simplement, mais celle qui condamne à la délaisser, sinon à payer, ou à s'obliger à quelque chose. C'est pourquoi si l'acheteur d'un héritage, condamné sur une action hypothécaire, paie les causes de l'hypothèque pour éviter le délais de l'héritage, qui vaut autant ou mieux que la créance du demandeur; cet acheteur en ce cas est censé souffrir éviction de la chose à lui vendue, qu'il ne peut conserver qu'en donnant de l'argent; et le vendeur est tenu de le garantir de cette éviction, en l'acquittant de ce qu'il lui en a coûté.

85. On appelle aussi *éviction*, non seulement la sentence par laquelle l'acheteur est condamné à délaisser à un tiers la chose vendue, mais encore celle qui l'auroit débouté de la revendication qu'il en auroit intentée contre un tiers qui se trouveroit la posséder.

La loi 16, §. 1, ff. *de evict.* renferme toutes ces espèces d'évictions, lorsqu'elle dit: *Duplex stipulatio committi dicitur, tunc quùm res restituta est petitori, vel damnatus est (emptor) litis æstimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est.*

86. Quoique le terme *d'éviction* ne convienne proprement qu'au cas auquel l'acheteur est privé, en vertu d'une sentence, de la chose qui lui a été vendue; néanmoins on comprend aussi, quoique dans un sens moins propre, sous ce terme, les cas auxquels l'acheteur est empêché, quoique sans sentence, de pouvoir retenir la chose en vertu de la vente qui lui en a été faite; et ces cas peuvent aussi donner lieu à la garantie, comme nous le verrons dans l'article suivant.

ARTICLE II.

Quelles évictions donnent lieu à la garantie.

§. I.

PREMIÈRE MAXIME.

87. Le vendeur est tenu des évictions dont il y avoit une

cause, ou du moins un germe existant dès le temps du contrat de vente, soit qu'elles procèdent, soit qu'elles ne procèdent pas du fait du vendeur.

Par exemple, si quelqu'un a vendu une chose qui ne lui appartenoit pas, ou qui étoit hypothéquée, soit à ses dettes, soit à celles d'un autre, ou qui étoit affectée à quelque droit que ce fût, soit ouvert, soit non encore ouvert, qui donnât ou qui dût donner un jour à quelqu'un une action pour se la faire délaisser; en tous ces cas le vendeur est tenu des évictions qui pourroient survenir, soit de la part du propriétaire, soit de la part des créanciers hypothécaires, ou de ceux qui dès le temps du contrat avoient un droit ouvert ou même encore informe, pour se faire délaisser la chose; car dans tous ces cas la cause d'où procède l'éviction existoit dès le temps du contrat.

88. Notre principe souffre exception à l'égard des espèces d'évictions dont l'acheteur est chargé, soit par la loi municipale, soit par une clause particulière du contrat de vente.

Par exemple, si sur une demande en retrait lignager ou en retrait féodal, un acheteur a souffert éviction de l'héritage qui lui a été vendu; quoique la loi qui est la cause de ces espèces d'évictions soit une cause qui existoit dès le temps du contrat de vente, le vendeur n'est pas tenu de ces évictions, parceque la loi municipale en charge l'acheteur, qui est censé acheter aux charges de la coutume. Pareillement s'il est porté par une clause du contrat que l'héritage qu'on vend est chargé d'un droit de refus ou d'un droit de réméré, ou d'un droit de réversion après un certain temps, etc., et que l'acheteur ait été obligé de délaisser l'héritage sur l'action de celui à qui ce droit appartenoit; quoique cette éviction ait une cause qui existoit dès le temps du contrat de vente, le vendeur n'en sera pas tenu, parceque l'acheteur a été chargé de cette espèce d'éviction par la clause du contrat de vente par laquelle le vendeur lui a déclaré que l'héritage y étoit sujet.

89. Notre principe souffre encore exception à l'égard des

évictions qui sont demeurées sans effet. C'est pourquoi si j'ai été condamné par sentence envers un tiers à lui délaisser l'héritage que vous m'aviez vendu, l'éviction qui résulte de cette sentence ne donnera lieu à aucune garantie contre vous, si, personne n'ayant poursuivi l'exécution de cette sentence, je suis toujours demeuré en possession de l'héritage; *putà*, parceque celui au profit de qui la sentence avoit été rendue, étant, peu après, mort insolvable, personne ne s'est embarrassé de poursuivre les droits appartenants à sa succession. C'est le cas de la loi 57, ff. *de evict.*

90. Notre principe souffre une troisième exception, lorsque l'éviction étoit une éviction dont l'acheteur étoit lui-même obligé de défendre le vendeur. Par exemple, après avoir acheté de Pierre un héritage, je vous l'ai vendu. Vous avez été obligé de le délaisser à Jacques, à qui il appartenoit, non seulement avant que je vous l'eusse vendu, mais même avant que je l'eusse acquis de Pierre, de qui vous êtes devenu l'unique héritier. Vous ne serez pas recevable à agir contre moi en garantie pour cette éviction, parcequ'étant héritier de Pierre, vous êtes vous-même obligé de m'en défendre.

91. Notre principe souffre une quatrième exception, lorsque l'éviction procède du fait de l'acheteur, quoique la cause soit antérieure au contrat. Par exemple, vous avez consenti que votre héritage fût hypothéqué pour une dette de Pierre; vous avez ensuite fait donation de cet héritage à Jacques, qui me l'a vendu, et peu après je vous l'ai revendu. Si vous souffrez éviction de cet héritage de la part du créancier de Pierre, quoique la cause de cette éviction soit antérieure à la vente que je vous ai faite, vous n'êtes pas recevable à agir en garantie contre moi pour cette éviction, parcequ'elle procède de votre propre fait, et que c'est vous-même qui avez imposé cette hypothéque, lorsque vous étiez pour la première fois propriétaire de cet héritage. Vous n'êtes pas à la vérité, dans cette espèce, mon garant pour raison de cette éviction, comme dans l'espèce

précédente, puisque ce n'est pas vous qui m'avez vendu l'héritage, et que Jacques, qui me l'a vendu, le tenoit de vous à titre de donation, titre qui n'emporte pas de garantie; mais il suffit que l'éviction procède de votre propre fait, pour que vous ne soyez pas recevable à vous en plaindre, et à agir en garantie contre moi.

SECONDE MAXIME.

Les évictions dont la cause n'a commencé d'exister que depuis le contrat, donnent lieu à la garantie, lorsque cette cause procède du fait du vendeur; autrement elles n'y donnent pas lieu.

92. La première partie de cette maxime est évidente. Par exemple, si vous m'avez vendu un héritage, et que depuis le contrat de vente, et avant que vous m'en ayez fait la tradition, vous l'ayez hypothéqué à quelqu'un, et que depuis j'aie souffert éviction de cet héritage sur l'action hypothécaire de ce créancier; quoique cette hypothéque, qui est la cause de cette éviction, ne soit née que depuis le contrat de vente, il est évident que vous devez être tenu de cette éviction; car en contractant cette hypothéque, qui m'empêche de retenir l'héritage, vous avez contrevenu à l'obligation que vous avez contractée envers moi *præstare mihi eum fundum habere licere*.

93. La seconde partie de la maxime n'est pas moins évidente. La chose vendue devant être aux risques de l'acheteur depuis le contrat, c'est une conséquence qu'il n'ait aucun recours de garantie pour les évictions dont la cause n'est née que depuis le contrat, et qui ne procèdent pas du fait du vendeur. Suivant ce principe, si depuis la vente qui m'a été faite d'un héritage, il a été rendu un arrêt du conseil, en vertu duquel on m'en a pris une partie pour faire un chemin public, mon vendeur ne sera pas garant de cette éviction, dont la cause n'est née que depuis le contrat.

94. Par la même raison, si l'acheteur laisse usurper la possession de la chose qui lui a été vendue, et que la pres-

cription fasse obtenir à l'usurpateur le congé de la demande en revendication que l'acheteur a intentée contre lui, le vendeur ne sera pas tenu envers l'acheteur de l'éviction qu'il souffre par cette sentence; car la cause de cette éviction étant l'usurpation que l'acheteur a laissé faire sur lui depuis la vente, cette éviction n'avoit point une cause qui existât lors du contrat. D'ailleurs cette éviction provenant de la faute de l'acheteur, il n'est pas recevable à s'en plaindre.

95. Si l'acheteur a été condamné à délaisser la chose vendue par l'injustice du juge, sur une demande qui ne procédoit pas, c'est une éviction qui n'ayant pour cause que l'injustice du juge, n'a point une cause qui existât dès le temps du contrat de vente, et par conséquent le vendeur n'est point tenu de l'en garantir; l. 51, ff. *de evict.*; l. 8, §. 1, *Cod. h. tit.*

Il n'y a lieu à cette question que lorsque l'acheteur, sur la demande donnée contre lui, a omis d'appeler son vendeur en garantie; car s'il l'avoit appelé, le vendeur auroit été obligé de prendre son fait et cause, et la sentence auroit été rendue contre le vendeur, et non contre l'acheteur.

TROISIÈME MAXIME.

Le délais de la chose vendue, que l'acheteur fait, quoique sans sentence, à un tiers qui, dès le temps du contrat de vente, en étoit le propriétaire, ou qui avoit dès ce temps un droit au moins informe de se la faire délaisser, donne lieu à la garantie, en justifiant par l'acheteur que celui à qui il a fait le délais avoit effectivement ce droit.

96. *Finge.* Vous m'avez vendu un héritage qui vous avoit été donné par un homme qui n'avoit point d'enfants, sans me déclarer d'où il vous provenoit : depuis le contrat de vente, cet homme s'est marié; il lui est né un enfant, qui a annulé de plein droit la donation qu'il vous en avoit faite. Je lui ai fait le délais de l'héritage, sans attendre que j'y fusse condamné, ni même assigné. Je n'ai pas moins

une action de garantie contre vous; car il suffit que je vous justifie par le rapport de la donation qu'il vous en a faite, que cet homme à qui j'ai fait le délais de cet héritage avoit, en vertu de cette donation, et par conséquent dès le temps de cette donation, et dès le temps de la vente que vous m'avez faite, le droit informe de se le faire délaisser lorsqu'il lui surviendroit des enfants.

L'équité de la maxime que nous venons d'exposer est évidente. Quoique le terme d'éviction, dans son sens propre, ne convienne qu'au délais que quelqu'un a été condamné de faire par sentence du juge, néanmoins lorsqu'il est justifié que celui à qui l'acheteur a fait, quoique sans sentence, le délais de la chose, avoit le droit de se la faire délaisser, et que ce n'est que pour prévenir la sentence et éviter les frais que le délais en a été fait, il est manifeste qu'en ce cas il n'a pas été au pouvoir de l'acheteur de retenir la chose, et conséquemment que le vendeur n'a pas rempli envers lui l'obligation qu'il avoit contractée *præstare ipsi rem habere licere;* ce qui donne lieu à la garantie.

Quoique le délais fait sans sentence donne lieu à la garantie, lorsqu'il est justifié que celui à qui il a été fait avoit effectivement le droit de se faire délaisser la chose; néanmoins un acheteur fera prudemment de se laisser assigner pour délaisser, et de dénoncer l'assignation à son vendeur, afin de ne se pas charger de la justification du droit de celui à qui il en auroit fait trop précipitamment le délais.

QUATRIÈME MAXIME.

C'est une espèce d'éviction qui donne lieu à la garantie, lorsque depuis la vente que vous m'avez faite d'une chose, je succède à cette chose, soit à titre universel, soit à titre singulier, même à titre lucratif, à un tiers qui en étoit le vrai propriétaire.

97. Cette maxime est fondée sur la décision de plusieurs textes de droit. Ulpien, en la loi 13, §. 15, ff. *de act. empt.*, dit : *Si fundum mihi alienum vendideris, et hic ex causâ lu-*

crativâ meus factus sit, nihilominùs ex empto mihi adversùs te actio competit. Julien, en la loi 29, ff. *d. tit.*, dit pareillement: *Cui res sub conditione legata erat, is eam imprudens ab hærede emit, actione ex empto poterit consequi emptor pretium, quia nunc * ex causâ legati rem habet.* Ajoutez la loi 84, §. 5, ff. *de legat.* 1°; l. 9; l. 41, §. ff. *de evict.* En voici la raison. Lorsqu'après avoir acheté de vous une chose qui ne vous appartenoit pas, ou qui ne vous appartenoit pas pour toujours, je succède, à quelque titre que ce soit, à celui à qui elle appartient, c'est en vertu de ce nouveau titre que je retiens désormais cette chose; ce n'est plus en vertu de la vente que vous m'en avez faite: vous cessez donc dès-lors de remplir envers moi votre obligation, *non jam præstas mihi rem habere licere;* et par conséquent vous me devez rendre le prix que vous avez reçu.

Observez que par le droit romain, cette maxime, de même que la précédente, n'avoient lieu que par rapport à l'action *ex empto*, et non par rapport à l'action *ex stipulatu*, qui étant une action *stricti juris*, ne reconnoissoit d'autre éviction que l'éviction proprement dite, qui résultoit d'une sentence. Cette distinction ne peut avoir lieu dans notre droit françois, où la distinction des actions *stricti juris* et des actions *bonæ fidei* n'est pas d'usage, et où d'ailleurs on ne connoît d'autre action, en cas de garantie, que l'action *ex empto*.

ARTICLE III.

A qui faut-il que la chose ait été évincée?

98. Il n'importe que ce soit à l'acheteur lui-même à qui la chose vendue soit évincée, ou à son successeur en ladite chose, pour que l'acheteur ait l'action de garantie. C'est pourquoi si je vous ai vendu un héritage, que vous l'ayez revendu à Pierre, et que Pierre en soit évincé, vous

* Nous avons suivi la correction d'Ant. Faber, qui a substitué ce terme *nunc* à *non* qui est dans la leçon ordinaire: le sens demande cette correction.

aurez action de garantie contre moi, comme si c'étoit vous-même qui en fussiez évincé; car je vous l'ai vendu pour vous et tous *vos ayants-cause;* je me suis engagé de vous en faire jouir, vous et tous vos ayants-cause; et vous avez intérêt que je défende Pierre de cette éviction, dont vous êtes vous-même tenu de le garantir.

Quid, si vous aviez donné ou légué à Pierre l'héritage que je vous ai vendu, l'éviction qu'en souffriroit Pierre donneroit-elle lieu à la garantie contre moi ou contre mon héritier? Non; car l'éviction que souffre le successeur de l'acheteur ne donne lieu à l'action de garantie qu'autant que cette éviction intéresse l'acheteur ou ses héritiers; *arg. l. Pater*, 71, ff. *de evict.* Or, comme vous n'êtes pas garant envers Pierre de la chose que vous lui avez donnée, et que votre héritier n'est pas non plus garant de la chose que vous lui avez léguée, l'éviction que Pierre souffre est une éviction qui n'intéresse ni vous, ni votre héritier, et qui par conséquent ne peut donner lieu à l'action de garantie.

Mais si, par l'acte de donation que vous avez faite de cette chose à Pierre, vous lui aviez cédé tous vos droits et actions par rapport à cette chose, ce qui comprend ceux résultants de l'obligation de garantie que j'ai contractée envers vous, il y auroit lieu en ce cas à l'action de garantie que Pierre, comme étant à vos droits, pourroit former contre moi; car vous avez intérêt en ce cas que l'éviction que souffre Pierre donne lieu à l'action de garantie, en tant que vous êtes obligé à lui céder cette action: c'est ce qui résulte de la loi 59, ff. *de evict. Si res quam à Titio emi legata est à me, non potest legatarius conventus à domino rei, venditori meo denuntiare, nisi cessæ ei fuerint actiones.*

99. Vous m'avez vendu un héritage; je l'ai revendu à Pierre: je suis ensuite devenu héritier de Pierre, dans la succession duquel j'ai retrouvé cet héritage dont j'ai été depuis évincé. On a agité la question, si j'avois en ce cas l'action de garantie contre vous. La raison de douter est, qu'en ce cas ce n'est pas de mon chef que je suis évincé,

c'est comme héritier de Pierre, puisqu'ayant revendu l'héritage à Pierre, ce n'étoit plus qu'en qualité d'héritier de Pierre que j'en étois le possesseur: c'est donc proprement la succession de Pierre qui souffre l'éviction. Or, pour que cette éviction pût me donner contre vous une action de garantie que je ne puis avoir que de mon chef, puisque c'est envers moi et non envers Pierre que vous vous êtes obligé, il faudroit que j'eusse de mon chef quelque intérêt que la succession de Pierre ne souffrît pas cette éviction. Or on ne voit pas quel pourroit être cet intérêt. On ne peut pas dire, comme dans l'espèce précédente, que j'ai intérêt que le second acheteur ou sa succession ne souffre pas éviction, en ce que je suis moi-même obligé, en cas d'éviction, envers ce second acheteur, à la garantie; car étant devenu héritier de ce second acheteur, je ne puis pas être obligé envers moi-même. Nonobstant ces raisons, Paul, en la loi 41, §. 2, *de evict.*, décide que je dois avoir en ce cas action de garantie contre vous, et contre les cautions que vous m'avez données pour la garantie de l'héritage que vous m'avez vendu. Il en donne cette raison, qui sert en même temps de réponse aux raisons de douter, et qui, pour être subtile, n'en est pas moins solide et véritable: *Quoniam*, dit-il, *et quùm debitor creditori suo hæres extiterit, ratio quædam inter hæredem et hæreditatem ponitur, et intelligitur major hæreditas ad debitorem pervenire; quasi solutâ pecuniâ quæ debebatur hæreditati et per hoc minùs in bonis hæredis esse.* C'est comme si le jurisconsulte disoit: En faisant abstraction que c'est moi qui suis l'héritier de Pierre, la succession de Pierre avoit une créance, *putà*, de 10,000 livres, pour raison de l'éviction qu'elle a soufferte; c'est moi qui, comme ayant vendu à Pierre, en étois le débiteur: de même que si c'eût été un autre moi qui eût été l'héritier de Pierre, il m'en auroit coûté 10,000 livres, que j'aurois tirées de mon bien pour payer la créance à cet héritier de Pierre; de même, au moyen de ce que c'est moi qui suis l'héritier de Pierre, je suis censé m'être payé à moi-même, en ma qualité d'héritier de

Pierre, cette somme, dont mon bien propre, en le séparant de ce qui compose la succession de Pierre qui m'est échue, se trouve d'autant diminué. Si cette somme reste dans mon coffre, ce n'est plus sur mon propre bien, c'est sur celui de la succession de Pierre, à qui elle étoit due, qu'elle doit être imputée ; c'est de cette succession que je la tiens. Il est donc vrai que j'ai payé de mon chef, et sur mon propre bien, les dommages et intérêts résultants de l'éviction que j'ai soufferte en ma qualité d'héritier de Pierre; d'où il suit que j'ai action de mon chef contre vous, comme mon garant, et contre vos cautions pour m'en acquitter.

Il faut décider la même chose dans le cas inverse auquel Pierre, à qui j'ai revendu l'héritage, seroit devenu mon héritier, et auroit depuis souffert l'éviction de cet héritage; car il est censé s'être, des biens de ma succession, payé les dommages et intérêts résultants de cette éviction; *et sic minùs in hæreditate videtur, tanquam ipsa hæredi solverit; dict. l.* 41, §. 2. Or vous, comme garant envers ma succession, vous êtes obligé d'en acquitter ma succession; et par conséquent Pierre, en sa qualité de mon héritier, a action de garantie contre vous pour lesdits dommages et intérêts.

ARTICLE IV.

Quelle chose doit être évincée, pour qu'il y ait lieu à la garantie.

100. Non seulement l'éviction de toute la chose vendue, mais celle de quelque partie que ce soit de cette chose, donne lieu à la garantie, soit que ce soit une partie aliquote et indivise, comme lorsque l'acheteur a été condamné à délaisser le tiers, le quart, etc., soit que ce soit une partie intégrante, comme lorsque l'acheteur d'une métairie a été condamné à délaisser une certaine piéce de terre qui en dépendoit.

Cette décision a lieu quand même ce qui reste à l'ache-

teur vaudroit encore plus que le prix qu'il a payé pour le total; *l.* 47, ff. *de evict.*

101. Mais si l'on a vendu des droits successifs, l'éviction que souffriroit l'acheteur dans quelque chose particulière qui se seroit trouvée parmi les biens de la succession, ne donne pas lieu à la garantie. La raison de différence est que celui qui vend une terre, vend tous les morceaux dont elle est composée, et dont il est en possession lors de la vente qu'il fait; mais celui qui vend des droits successifs ne vend pas les différents corps qui paroissent appartenir à cette succession, mais seulement le droit successif, qui ne renferme que les choses auxquelles la succession a effectivement droit. Voyez *infrà*, *part.* 6, *chap.* 3.

102. Non seulement l'éviction de la chose vendue, ou de quelqu'une de ses parties, donne lieu à la garantie, mais même l'éviction de ce qui en est resté après son extinction, ou de ce qui en est provenu, y peut donner lieu. Par exemple, si quelqu'un m'a vendu une jument qui ne lui appartenoit pas, et qu'après la mort de cette jument, le vrai propriétaire m'ait fait condamner à lui en rendre la peau; quoique cette peau ne fasse pas proprement partie de la jument qui n'est plus, néanmoins le vendeur est tenu envers l'acheteur de cette éviction, et il doit lui rendre le prix de cette peau qui lui a été évincée.

Il en est de même si l'acheteur a été condamné à délaisser un poulain qui en étoit provenu.

La raison de tout ceci est, que l'obligation du vendeur de faire avoir à l'acheteur à titre de propriétaire la chose vendue, renferme celle de lui faire avoir tout ce qui en pourra rester, et tout ce qui en proviendra; c'est ce qui résulte de la loi 8, ff. *de evict.* Les lois 36, 42 et 43, ff. *d. t.*, semblent décider le contraire; mais ces lois ne parlent que de l'action *ex stipulatione duplæ*, qui étoit en cela différente de l'action *ex empto.* C'est la conciliation de Dumoulin, *Tr. de eo quod interest, n.* 148, et celle de tous les interprètes. Cette action *ex stipulatione duplæ* n'est pas

connue dans notre droit françois, comme nous l'avons déja observé.

ARTICLE V.

De l'action qui naît de l'obligation de garantie.

De l'obligation de garantie naît l'action de garantie. Nous verrons, 1° ce que c'est que cette action, et ce qui y donne lieu, quel en est l'objet primitif, quel en est l'objet secondaire, et comment chacun des héritiers du vendeur en est tenu; 2° quand cette action doit être intentée; 3° contre qui; 4° nous traiterons de la prise du fait et cause par le vendeur, et du refus de le prendre; 5° nous traiterons des régles générales sur ce en quoi doit être condamné le vendeur qui succombe sur l'action de garantie; 6° nous traiterons de ce en quoi il doit être condamné dans le cas particulier de l'éviction d'une partie, soit indivise, soit intégrante, de la chose vendue ou de quelque chose qui en est provenu; 7° de ce en quoi le vendeur doit être condamné lorsque c'est un second acheteur qui est évincé; 8° nous traiterons de l'effet qu'a, par rapport à l'action de garantie, la clause par laquelle le vendeur se seroit obligé de rendre, en cas d'éviction, le prix et une certaine portion du prix en sus; 9° nous rapporterons plusieurs espèces particulières qui donnent lieu à des questions sur l'action de garantie.

§ I. Ce que c'est que l'action de garantie, et ce qui y donne lieu; quel est l'objet primitif, et quel est l'objet secondaire de cette action; et comment chacun des héritiers du vendeur en est tenu.

103. L'action de garantie est une branche de l'action personnelle *ex empto*, qui naît de l'obligation que le vendeur a contractée envers l'acheteur par le contrat de vente, *præstare ei rem habere licere*.

Cette obligation renferme celle de défendre l'acheteur de tous *troubles et évictions*. C'est pourquoi non seulement l'*éviction*, c'est-à-dire le délais que l'acheteur seroit contraint de faire à un tiers, de l'héritage qui lui a été vendu,

donne lieu à cette action, mais même le simple *trouble*, c'est-à-dire la simple demande que donne contre l'acheteur un tiers qui prétend avoir un droit existant dès le temps du contrat de vente, de se faire délaisser cet héritage.

Lorsque l'acheteur n'est pas en possession de la chose qui lui a été vendue, le trouble consiste dans le refus que lui donne un tiers qui s'en trouve en possession, de la lui faire délaisser.

104. L'objet immédiat et primitif de cette action est la prise de fait et cause pour l'acheteur, c'est-à-dire la défense de la cause de l'acheteur, dont le vendeur est obligé de se charger, *factum defendendi.*

105. Ce fait est indivisible; *quia respicit unicam et integram totius controversiæ defensionem, quasi certam quandam formam;* Molin. *Tr. de div. et indiv. p.* 2, *n.* 496. D'où il suit que cette action est indivisible. C'est pourquoi lorsque le vendeur d'une chose divisible a laissé plusieurs héritiers, quoique l'obligation qu'il a contractée *præstare emptori rem habere licere*, ayant pour objet une chose divisible, soit une obligation divisible qui ne passe à chacun de ses héritiers que pour la part dont il est héritier; néanmoins cette action de garantie qui en naît, ayant pour objet un fait indivisible, a lieu pour le total contre chacun des héritiers du vendeur; et l'acheteur peut conclure contre un seul des héritiers à ce qu'il soit tenu de prendre son fait et cause, et de se charger pour lui de la défense totale de la cause.

En défendant seulement pour sa part, il ne satisfait pas même pour sa part à l'obligation *præstandi ei rem habere licere;* car l'acheteur ayant acheté la chose pour l'avoir entière, l'obligation *præstandi ei rem habere licere,* quoique divisible *obligatione*, est indivisible *solutione;* chacun des héritiers du vendeur ne défend donc pas valablement l'acheteur, s'il ne le défend pour le total.

106. Mais si cet héritier assigné en garantie refuse de prendre le fait et cause de l'acheteur, *putà*, parcequ'il

pense n'avoir aucun moyen pour le défendre, ou si ayant pris son fait et cause, il a succombé; en l'un et en l'autre cas, son obligation de défendre se convertit en une obligation divisible de payer à l'acheteur les dommages et intérêts résultants de l'éviction, dont cet héritier n'est tenu que pour la part dont il est héritier. C'est ce qui est décidé par la loi 85, §. 5, ff. *de verb. obl. In solidum agi oportet, et partis solutio adfert liberationem, quùm ex causâ evictionis intendimus; non auctoris hæredes in solidum omnes conveniendi sunt, omnesque debent subsistere, et quolibet defugiente omnes tenebuntur; sed unicuique pro parte hæreditariâ præstatio injungitur.* La même chose est décidée en la loi 139, ff. *d. t.*, et ces décisions sont très justes; car l'obligation de défendre dérive de l'obligation *præstare emptori rem habere licere*, qui, quoique indivisible *solutione*, est divisible *obligatione.* L'héritier qui, en ne défendant pas, ne remplit pas cette obligation *præstandi rem habere*, n'est donc tenu que pour sa part de l'inexécution de cette obligation, et des dommages et intérêts qui en résultent.

107. Il y a néanmoins un cas auquel celui qui n'est que héritier pour partie du vendeur ayant été seul assigné, et s'étant chargé seul de la défense de l'acheteur, dans laquelle il auroit succombé, doit être condamné pour le total aux dommages et intérêts de l'acheteur, sauf son recours contre ses cohéritiers, ainsi qu'il pourra et devra; c'est le cas auquel cet hériter pour partie se seroit porté pour seul héritier du vendeur, et auroit par-là empêché l'acheteur, qu'il auroit induit en erreur, d'exercer à temps sa garantie contre les autres héritiers du vendeur, qui peuvent opposer à l'acheteur que, s'ils eussent été appelés en garantie avant le jugement, ils eussent eu de bons moyens de défense à opposer.

§. II. Quand l'action de garantie peut-elle s'intenter?

108. Il y a à cet égard une différence entre le droit romain et notre pratique françoise, que Caillet a fort bien

remarquée, *ad. tit. Cod. de evict.* Par le droit romain, l'acheteur, aussitôt qu'il étoit troublé, soit par une demande en revendication, soit par quelque autre demande, avoit seulement la faculté de dénoncer au vendeur cette action qui étoit intentée contre lui, pour que le vendeur prît sa défense sur cette action, s'il le jugeoit à propos; mais ce n'étoit qu'après la condamnation intervenue contre l'acheteur sur cette action, qu'il pouvoit intenter contre son vendeur l'action de garantie pour le faire condamner à l'indemniser de la condamnation; et c'étoit devant le juge du domicile du vendeur que cette action devoit être intentée. Dans notre pratique françoise on évite ce circuit; l'acheteur, en même temps qu'il dénonce au vendeur l'action en revendication, ou autre, par laquelle il est troublé en sa possession, et qu'il le somme de prendre son fait et cause sur cette action, et d'y défendre pour lui, peut aussi former en même temps son action en garantie contre son vendeur, devant le juge par-devant qui est pendante la demande originaire, quoiqu'il ne soit pas le juge du domicile du vendeur, et conclure contre le vendeur à ce que, faute par lui de pouvoir le défendre, et dans le cas auquel le demandeur originaire obtiendroit à ses fins, ledit vendeur soit en même temps, et par la même sentence, condamné à l'indemniser.

109. Quoique l'acheteur ait la faculté de former son action en garantie aussitôt qu'il est troublé par une demande donnée contre lui; néanmoins s'il a manqué de la former, il est toujours à temps de le faire, non seulement jusqu'à la sentence de condamnation, mais même depuis la sentence : il n'y a que la prescription ordinaire de trente ans qui puisse l'exclure de cette action, et le temps de cette prescription ne commence à courir que du jour du trouble qui lui a été fait par la demande donnée contre lui.

Observez que, lorsqu'il a tardé jusqu'après l'instance finie et terminée avec le demandeur originaire, à former sa demande en garantie, il ne peut plus la former que devant le juge du domicile de son vendeur.

Pareillement, lorsque c'est l'acheteur qui a donné la demande contre un tiers qui est en possession de la chose qui lui a été vendue, quoiqu'il puisse, aussitôt le refus fait par le défendeur de lui laisser la chose, sommer son vendeur de prendre son fait et cause, et intenter contre lui l'action de garantie, il est toujours à temps de le faire, même après l'instance terminée par une sentence qui auroit donné congé de sa demande.

110. Quoique l'acheteur soit toujours à temps d'exercer son action de garantie, il a un grand intérêt de l'exercer aussitôt que le trouble lui est fait; faute de le faire, il n'a aucun recours pour tous les dépens faits dans le temps intermédiaire entre le trouble qui lui a été fait et sa demande en garantie; le vendeur n'étant obligé de l'acquitter que des dépens faits depuis qu'il a été en cause, et du coût de l'exploit de la demande originaire.

L'acheteur a sur-tout intérêt d'exercer son action de garantie avant la sentence définitive; car lorsqu'il attend après cette sentence à l'intenter, il se charge de la justification du droit du tiers qui a obtenu contre lui; au lieu qu'en donnant la demande en garantie avant la fin du procès, cette discussion se fait entre le tiers et le garant.

D'ailleurs, lorsque l'acheteur a attendu après la sentence à intenter son action de garantie; quoique l'acheteur rapporte les titres justificatifs du droit du demandeur originaire à qui il a été condamné de délaisser, le garant peut quelquefois, pour être renvoyé de la demande en garantie, lui opposer avec succès qu'il auroit eu des moyens et fins de non recevoir contre la demande originaire, s'il eût été appelé à temps pour y défendre : il ne suffit pas néanmoins au garant de le dire, il doit établir et justifier ses moyens.

§. III. Contre qui se donne l'action de garantie.

111. L'action de garantie doit s'intenter contre le vendeur ou ses héritiers, ou autres successeurs universels.

Lorsque le vendeur a laissé plusieurs héritiers, l'ache-

teur peut l'intenter contre tous, ou seulement contre l'un d'entre eux : mais il a un grand intérêt de l'intenter contre tous; car lorsqu'il ne l'a intentée que contre l'un d'entre eux, quoique celui qu'il a assigné soit tenu de la défense totale de la cause, néanmoins, s'il ne défend pas, ou s'il succombe dans la défense qu'il aura entreprise, il ne sera tenu personnellement des dommages et intérêts de l'acheteur que pour la part dont il est héritier du vendeur; et l'acheteur sera obligé de se pourvoir de nouveau pour le surplus contre les autres héritiers du vendeur, et d'établir contre eux qu'il y avoit lieu à la garantie, et qu'il a été justement condamné à délaisser; car la sentence n'ayant été rendue que contre l'un des héritiers du vendeur, elle n'établit pas son bien-jugé contre les autres qui n'étoient pas parties.

Lorsque l'acheteur n'a appelé en garantie que l'un des héritiers du vendeur, celui qui a été appelé a lui-même intérêt d'appeler en cause ses cohéritiers, pour qu'ils soient tenus de défendre conjointement avec lui, et qu'ils partagent avec lui les frais de la défense de la cause; autrement, s'il défendoit seul sans les appeler, il supporteroit seul les dépens.

112. A l'égard des cautions du vendeur, l'acheteur qui a appelé le vendeur en garantie n'est pas obligé d'y appeler aussi les cautions : *Auctore laudato, si evicta res est, fidejussorem, etiamsi agi causam ignoraverit, evictionis nomine conveniri posse non ambigitur;* l. 7, *Cod. de evict.* C'est le vendeur, plutôt que ses cautions, qui doit être censé instruit des moyens de défense qu'on peut opposer pour maintenir l'acheteur : les cautions, en cautionnant le vendeur, ont accédé non seulement à l'obligation principale de défendre, mais aussi à l'obligation secondaire des dommages et intérêts dont sera tenu le vendeur, faute d'avoir défendu. (*Voyez le Traité des obligations, n.* 405.)

113. Il n'y a que le vendeur et ses héritiers ou autres successeurs universels, ou ses cautions, qui soient tenus de l'action de garantie; celui qui a simplement consenti à la vente d'une chose, n'est pas tenu de cette action; il ne

s'oblige, par ce consentement, qu'à n'apporter de sa part aucun trouble à l'acheteur; mais il ne s'oblige pas à le défendre du trouble qui pourroit lui être fait par d'autres : de là cette régle, *Aliud est vendere, aliud venditioni consentire;* l. 160, ff. *de R. J.*

C'est une question de fait, si quelqu'un s'est porté vendeur, ou a simplement consenti à la vente. La décision dépend des termes de l'acte et des circonstances : celui qui a partagé le prix est facilement présumé s'être porté vendeur; *arg.* l. 12, ff. *de evict.;* Despeisses, *ibid. n.* 21.

§. IV. De la prise de fait et cause, et du refus de prendre fait et cause.

114. Lorsque le vendeur ou ses héritiers appelés en garantie, déclarent qu'ils prennent le fait et cause de l'acheteur, l'acheteur peut, s'il le requiert avant la contestation, être mis hors de cause; *Ordonnance de* 1667, *tit.* 8, *art.* 9; et le procès commencé sur la demande du demandeur originaire contre l'acheteur, se poursuit entre ce demandeur originaire et le garant, comme ayant pris le fait et cause de l'acheteur, et s'étant chargé de la défense de sa cause. Néanmoins cet acheteur, quoique mis hors de cause, peut y assister pour la conservation de ses droits; *art.* 10.

115. Quoique l'acheteur ait été mis hors de cause, néanmoins la cause que son garant s'est chargé de défendre est véritablement la cause de l'acheteur. C'est pourquoi le jugement qui intervient entre le demandeur originaire et le garant profite à l'acheteur, s'il est rendu au profit du garant; *et vice versâ*, s'il est rendu contre le garant, il s'exécute contre l'acheteur. Le demandeur originaire, sur la simple signification qu'il fera à l'acheteur du jugement qui a condamné le garant à faire délaisser l'héritage, pourra contraindre l'acheteur à ce délais; *Ord. d. tit. art.* 11; l. 4, ff. *de re jud.*

Observez que le jugement rendu contre le garant qui a pris le fait et cause de l'acheteur, ne s'exécute contre l'acheteur que pour le principal, c'est-à-dire, pour le délais de

l'héritage que le garant a été condamné de faire délaisser, et pour la restitution des fruits perçus par l'acheteur, lorsqu'elle est ordonnée; mais la condamnation des dépens auxquels le garant a été condamné envers le demandeur originaire ne s'exécute pas contre l'acheteur, *art.* 11; elle ne s'exécute que contre le garant qui y est condamné: car c'est la peine de la mauvaise contestation, qui ne doit être supportée que par celui qui a fait la contestation: or c'est le garant qui l'a formée en prenant le fait et cause de l'acheteur, qu'il ne devoit pas prendre, si la demande originaire étoit bien fondée.

116. En effet, l'obligation que le vendeur contracte envers l'acheteur, de le défendre et de prendre son fait et cause dans toutes les demandes qui tendroient à le troubler dans la libre possession de la chose qui lui a été vendue, n'est pas une obligation précise, mais une obligation contractée sous la faculté de s'en décharger, en offrant de rendre à l'acheteur le prix, et de l'indemniser de l'éviction. De l'obligation primitive que le vendeur contracte *præstandi emptori rem habere licere*, naît l'obligation de défendre l'acheteur des évictions en prenant son fait et cause, ou de lui payer ses dommages et intérêts. Le vendeur ne doit prendre le fait et cause de l'acheteur que lorsqu'il a de bons moyens pour le défendre, et pour faire prononcer le congé de la demande du demandeur originaire; mais lorsque la demande originaire est bien fondée, il doit déclarer que n'ayant aucuns bons moyens contre cette demande, il se soumet à la restitution du prix et au paiement des dommages et intérêts: l'obligation qu'il a contractée envers l'acheteur ne peut aller jusqu'à l'obliger de soutenir pour lui un procès injuste.

117. Lorsque le vendeur, appelé en garantie par l'acheteur, a déclaré n'avoir point de moyens pour le défendre, et lui a offert de lui rendre le prix et de l'indemniser de l'éviction, il est permis à l'acheteur, s'il le juge à propos, de soutenir lui-même le procès: mais en ce cas il le soutient à ses risques; et s'il succombe, il ne peut demander

au vendeur le remboursement des dépens qu'il a faits pour soutenir le procès, ni de ceux auxquels il a été condamné envers le demandeur originaire; il ne peut demander au vendeur que la restitution du prix, et les dommages et intérêts qui lui ont été offerts, les dépens de la demande en sommation, et le remboursement du coût de l'exploit de la demande originaire.

Si l'acheteur réussit, et obtient le congé de la demande originaire, le garant en profite : car l'acheteur ne souffrant pas en ce cas d'éviction, et conservant la chose, il ne lui est dû ni dommages et intérêts, ni restitution du prix.

118. Lorsque le vendeur a laissé plusieurs héritiers qui sont tous assignés en garantie, un seul peut prendre le fait et cause, et soutenir le procès à ses risques, quoique les autres déclarent qu'ils n'ont pas de moyens pour défendre, et qu'ils se soumettent au paiement des dommages et intérêts; et s'il réussit, ses cohéritiers en profitent.

§. V. Règles générales sur ce à quoi doit être condamné le vendeur qui succombe sur l'action de garantie.

Le vendeur qui n'a pas défendu l'acheteur, ou qui a succombé dans la défense qu'il avoit entreprise de la cause de l'acheteur, doit être condamné envers l'acheteur qui a souffert éviction de la chose qui lui a été vendue, 1° à la restitution du prix qu'il a reçu; 2° à acquitter l'acheteur des condamnations intervenues envers le demandeur originaire pour la restitution des fruits, ou pour les dégradations faites à l'héritage; 3° à acquitter l'acheteur des dépens; 4° à payer à l'acheteur ses dommages et intérêts résultants de l'éviction, lorsqu'il en a souffert au-delà du prix qui doit lui être restitué.

Premier objet de condamnation.

119. Le vendeur, en cas d'éviction, doit être condamné envers l'acheteur à lui restituer le prix qu'il a reçu.

Il doit y être condamné, de même que dans le cas de défaut de tradition, quand même la chose vendue auroit

été, depuis le contrat de vente, considérablement détériorée, soit par la négligence de l'acheteur, soit par des accidents de force majeure, de manière qu'elle se trouveroit, lors de l'éviction, d'une valeur beaucoup inférieure au prix pour lequel elle a été vendue.

Nous avons établi cette décision *suprà*, *part.* 2, *n.* 68.

120. Il y a quelquefois quelques déductions à faire sur le prix que le vendeur est tenu de rendre à l'acheteur en cas d'éviction.

1° Si avant la demande sur laquelle l'acheteur a été évincé, il y avoit eu une précédente instance entre le vendeur et l'acheteur, soit pour défaut de continence, soit pour quelque charge réelle qui n'auroit pas été déclarée par le vendeur, et que sur cette instance le vendeur eût été condamné à payer une certaine somme à l'acheteur, le vendeur appelé depuis en garantie sur la demande sur laquelle l'acheteur a été condamné à délaisser l'héritage, doit faire déduction sur le prix qu'il doit rendre à l'acheteur, de la somme que l'acheteur a déja touchée pour raison du défaut de continence ou de la charge non déclarée : car cette somme étoit la restitution d'une partie du prix que le vendeur lui a déja faite; il ne doit donc plus rendre que le surplus; *Facit* l. 48, ff. *de evict.*

121. 2°. Si le vendeur, avant le contrat de vente, avoit fait des améliorations sur l'héritage qu'il a depuis vendu, et que l'acheteur eût reçu le prix de ces améliorations du propriétaire à qui il a délaissé l'héritage, le vendeur doit déduire cette somme sur le prix qu'il doit rendre à l'acheteur; car le prix de ces améliorations qu'il a reçu, fait partie du prix pour lequel la chose lui a été vendue; et par conséquent ayant déja reçu une partie du prix, le vendeur ne doit plus lui rendre que le surplus.

122. 3°. Lorsque l'acheteur a fait des dégradations sur l'héritage dont il a profité; *putà*, en vendant une futaie, sans qu'il ait été obligé d'en faire raison à celui à qui il a été condamné de délaisser l'héritage, il doit faire déduction sur le prix de l'héritage que le vendeur doit lui ren-

dre, de la somme qu'il a reçue pour le prix de cette futaie; car il a été remboursé du prix de l'héritage jusqu'à concurrence de cette somme.

123. Le vendeur n'est pas en droit de faire déduction, sur le prix qu'il doit rendre, des sommes qu'il lui en a déja coûté pour faire cesser de précédentes évictions, lorsque ce n'est pas l'acheteur qui a reçu ces sommes. C'est ce qui paroîtra par l'exemple suivant. Vous m'avez vendu, comme à vous appartenant, un héritage qui appartenoit à Pierre. Sur la demande en revendication donnée par Pierre contre moi, je vous ai appelé en garantie, et vous avez transigé avec Pierre, lequel, pour une somme d'argent que vous lui avez donnée, s'est désisté de sa demande. Depuis j'ai été obligé de délaisser cet héritage à Jacques, qui étoit appelé à une substitution de cet héritage après la mort de Pierre. Sur le prix que vous me devez rendre en conséquence de cette éviction, vous ne pouvez me faire aucune déduction de ce que vous avez payé à Pierre; car ce n'est pas moi qui ai reçu cette somme. On ne peut pas dire que c'est pour moi et en mon acquit que vous l'avez payée à Pierre; car je ne devois rien à Pierre; c'étoit vous qui étiez obligé de faire cesser l'éviction de Pierre; c'étoit pour vous acquitter de votre obligation que vous avez payé cette somme à Pierre. Mais en me défendant de l'éviction de Pierre, vous n'en demeuriez pas moins obligé de me défendre ou de m'indemniser des évictions que je pourrois souffrir de la part d'autres personnes. Jacques m'ayant évincé pour le total de l'héritage, le prix doit m'être par vous rendu en total; *Caballinus, de evict. in addition.* au grand recueil, feuillets 104 et 105.

Second objet de condamnation.

124. Lorsque l'acheteur a été condamné à restituer les fruits qu'il a perçus, le vendeur, son garant, doit être condamné à l'acquitter de cette condamnation.

Cependant si le vendeur, assigné en garantie, déclaroit

à l'acheteur qu'il n'a pas de moyens pour le défendre, s'il offroit de lui restituer le prix, et de l'indemniser entièrement de l'éviction, et que l'acheteur, nonobstant ces offres, voulût soutenir le procès, le vendeur pourroit, en consignant le prix, se décharger de l'obligation d'acquitter l'acheteur de la restitution des fruits perçus depuis les offres pendant le cours du procès : car le vendeur ayant offert à l'acheteur tout ce qu'il lui devoit, ne doit pas souffrir de ce que l'acheteur, sans égard à ses offres, qu'il devoit accepter, a voulu soutenir contre le demandeur originaire un procès injuste. Au reste, je crois que le vendeur, pour se décharger de cette obligation, doit consigner le prix dont il a offert la restitution : car tant que le vendeur ne consigne point, et qu'il conserve la jouissance du prix que l'acheteur lui a payé, il doit faire avoir à l'acheteur la jouissance de la chose vendue, qui doit tenir lieu à l'acheteur de la jouissance qu'a le vendeur du prix qu'il lui a payé. C'est pourquoi le vendeur doit acquitter l'acheteur de la restitution de ces jouissances, lorsque l'acheteur est condamné de les restituer au demandeur originaire.

125. Pareillement, lorsque l'acheteur a été condamné à faire raison au demandeur originaire, des dégradations faites par son fait ou par sa faute, le vendeur doit aussi en certains cas l'acquitter de cette condamnation. J'ai dit *en certains cas*, car il y a à cet égard des distinctions à faire.

126. Si les dégradations sont des dégradations dont l'acheteur a profité, et s'il n'a été condamné pour lesdites dégradations, envers le demandeur originaire, qu'à la restitution de la somme dont il a profité, le vendeur son garant qui lui restitue le prix entier qu'il a payé, n'est pas tenu de l'acquitter en outre à cet égard envers le demandeur originaire.

Finge. Vous m'avez vendu un héritage pour le prix de 50,000 liv. J'ai fait abattre une futaie qui étoit sur cet héritage, que j'ai vendue pour le prix de 10,000 liv. J'ai été condamné à délaisser cet héritage, et à payer au de-

mandeur originaire la somme de 10,000 liv. que j'ai reçue pour le prix de la futaie. Vous ne devez pas, sur l'action de garantie que j'ai donnée contre vous, être condamné à payer pour moi cette somme de 10,000 liv., outre la restitution que vous devez me faire du prix entier de 50,000 liv., que je vous ai payé : car si cela étoit, il est évident que je profiterois de 10,000 liv. à vos dépens; ce que l'équité ne permet pas.

Il y a plus : non seulement vous n'êtes pas obligé de payer cette somme pour moi, mais si j'avois été condamné à délaisser l'héritage sans rendre cette somme, *putà*, sur la demande d'un créancier hypothécaire, qui n'a droit de se faire délaisser l'héritage qu'en l'état qu'il se trouve lorsqu'il exerce son hypothèque, vous seriez en droit de me diminuer, sur les 50,000 liv. que je vous ai payées pour le prix entier de l'héritage, 10,000 liv. que j'ai reçues pour le prix de la futaie; autrement j'aurois deux fois le prix de cette futaie : car le prix total de 50,000 liv. est le prix de toutes les choses qui composoient l'héritage lors de la vente que vous m'en avez faite, et par conséquent le prix de la futaie s'y trouve compris.

127. A l'égard des dégradations dont l'acheteur n'a pas profité, la question ne peut guère tomber sur un acheteur de bonne foi; car il ne doit pas être tenu, envers le demandeur originaire, des dégradations qu'il a faites avant qu'il eût aucune connoissance du droit du demandeur. Il est permis à chacun de négliger son bien : on ne peut regarder comme une faute qu'un homme ait laissé détériorer une chose dont il avoit sujet de se croire le véritable propriétaire, quoiqu'il ne le fût pas : *Qui quasi suam rem neglexit, nulli querelæ subjectus est;* l. 31, §. 3, ff. *de petit. hæred.* Néanmoins si, par erreur de droit, le juge m'avoit condamné, quoiqu'acheteur de bonne foi, à faire raison des dégradations par moi faites sur l'héritage que j'ai été condamné de délaisser, le vendeur, qui auroit été par moi sommé en garantie, devroit être condamné à m'en acquitter; car étant obligé de prendre mon fait et cause, il doit

prendre à ses risques la défense de la cause, et par conséquent m'acquitter des condamnations justes ou injustes qui interviendroient contre moi. Mais si je m'étois laissé condamner sans sommer en garantie mon vendeur, le vendeur pourroit se défendre de m'acquitter de cette condamnation, en m'opposant que c'est par ma faute, et pour m'être mal défendu, que j'ai été condamné à faire raison de ces dégradations, et que si je l'avois mis en cause, il m'auroit mieux défendu, et auroit empêché cette condamnation.

Mais pour que le vendeur puisse m'opposer cette exception, il faut qu'il ait été lui-même possesseur de bonne foi; car s'il étoit usurpateur de l'héritage, quoiqu'il n'ait pas été par moi sommé en garantie, il ne pourroit se dispenser de m'acquitter de cette condamnation, puisque si je n'y avois pas été condamné, il en auroit été lui-même personnellement tenu, un usurpateur étant tenu tant des dégradations par lui faites, que de celles faites par ses successeurs.

128. Il nous reste à parler du cas auquel l'acheteur a été condamné pour des dégradations faites depuis qu'il a eu connoissance qu'il n'étoit pas propriétaire de l'héritage, ou qu'il ne l'étoit pas irrévocablement, et dont il n'a pas profité; comme s'il a arraché de bonnes vignes pour en faire un jardin d'agrément, ou si ces vignes sont devenues en mauvais état pour n'avoir pas été provignées et cultivées comme il faut, etc., le vendeur son garant doit en ce cas l'acquitter de cette condamnation : car quoique l'acheteur, vis-à-vis du propriétaire demandeur originaire, ait eu tort de faire ces dégradations, il n'a pas eu tort vis-à-vis de son garant, qui ne peut lui reprocher pourquoi il les a faites. Il avoit droit, en les faisant, de compter sur la garantie qui lui avoit été promise; il avoit droit de compter que son garant empêcheroit l'éviction, comme s'il y étoit obligé en rachetant la chose du propriétaire : le garant ne peut donc avoir aucun prétexte pour se dispenser de l'acquitter de cette condamnation.

Il doit l'en acquitter, quand même il n'auroit pas été sommé en garantie; car l'acheteur ayant dû dans ce cas être condamné pour raison de ces dégradations, le garant ne peut pas, comme dans le cas précédent, lui opposer que s'il eût été sommé en garantie, cette condamnation ne seroit point intervenue. Observez néanmoins que s'il paroissoit que les dégradations ont été faites par malice, dans la vue d'aggraver l'obligation du garant dans un temps auquel l'acheteur avoit lieu de prévoir une prochaine demande en éviction, l'acheteur ne doit en ce cas avoir aucun recours pour ces dégradations contre son garant: car *malitiis non est indulgendum.*

Depuis la demande et pendant le procès, l'acheteur, quand même il seroit acheteur de bonne foi, ne doit faire aucunes dégradations; et s'il est condamné pour celles qu'il auroit faites, il ne doit pas avoir de recours contre son garant.

Troisième objet.

129. Le vendeur doit être condamné, en cas d'éviction, envers l'acheteur, non seulement aux dépens faits sur la demande en garantie de l'acheteur contre lui, mais encore aux dépens faits sur la demande originaire, tant par l'acheteur que par le demandeur originaire, lorsque l'acheteur y a été condamné. Il ne les doit néanmoins que du jour qu'il a été assigné en garantie. A l'égard de ceux faits avant qu'il ait été appelé, il ne doit que le coût du premier exploit de la demande originaire: autrement on pourroit ruiner en frais un vendeur à son insu, et sans qu'il pût l'empêcher. C'est pourquoi, aussitôt qu'un acheteur est assigné aux fins de délaisser l'héritage qui lui a été vendu, il ne doit pas tarder à sommer en garantie son vendeur.

130. Lorsque le vendeur appelé en garantie a signifié à l'acheteur qu'il n'avoit pas de moyens pour le défendre, qu'il offroit de lui rendre le prix qu'il avoit reçu, et de l'indemniser entièrement de l'éviction; si l'acheteur, nonobstant ces offres, a voulu soutenir le procès, et qu'il ait

succombé, il ne doit avoir aucun recours contre son garant pour les depens qui se sont faits depuis les offres; car le vendeur ayant offert tout ce qu'il devoit, l'acheteur devoit s'en contenter; et il ne doit pas être à son pouvoir de faire porter au vendeur, malgré lui, les dépens d'un procès injuste.

Quatrième objet.

131. Le vendeur, en cas d'éviction, doit être condamné aux dommages et intérêts, lorsque l'acheteur en a souffert au-delà du prix qu'il a payé, *in id quod suprà pretium interest emptoris.*

Lorsque la vente a été faite de bonne foi, et que le vendeur ignoroit que la chose qu'il vendoit ne lui appartenoit pas, ou ne lui appartenoit pas irrévocablement, les dommages et intérêts auxquels le vendeur doit être condamné en cas d'éviction, de même qu'à défaut de tradition, ne sont ordinairement que ceux que l'acheteur a soufferts par rapport à la même chose qui lui a été vendue, *propter rem ipsam non habitam*, et non ceux que l'éviction auroit pu lui occasioner d'ailleurs *extrinsecùs* dans ses autres biens.

132. Ces dommages et intérêts que l'acheteur souffre, en cas d'éviction, par rapport à la chose même, *propter rem ipsam*, sont, 1° comme nous l'avons déja observé en la première section, *n.* 69 *et suiv.*, tous les loyaux coûts que l'acheteur a faits pour l'acquisition de la chose dont il est évincé; car, par l'éviction, tous ces loyaux coûts deviennent en pure perte pour lui.

Tels sont les frais du contrat, de centième denier, des proxenétes, les droits de franc-fief, les profits censuels ou féodaux qu'il a payés pour l'acquisition, etc.; le coût des aveux et dénombrements et des reconnoissances qu'il a passés : le vendeur doit rembourser l'acheteur de toutes ces choses.

Quand même l'éviction donneroit lieu à la répétition des profits contre les seigneurs qui les ont reçus, le vendeur ne laisseroit pas d'être obligé de les rembourser à l'acheteur,

sauf à lui à exercer les droits de l'acheteur contre les seigneurs pour la répétition. La raison est que le vendeur doit rendre l'acheteur entièrement indemne de l'éviction : or l'acheteur ne le seroit pas s'il étoit obligé d'avoir un procès contre les seigneurs pour la répétition des profits ; car outre que les seigneurs pourroient être insolvables, ce n'est point être indemne que d'avoir un procès à soutenir.

133. 2° Lorsque la chose qui m'a été vendue est, depuis le contrat, augmentée de prix par les circonstances des temps, cette plus-value est pour moi une perte qui concerne la chose même, dont je dois être indemnisé par le vendeur. Par exemple, si une maison que j'ai achetée, il y a quinze ans, 20,000 liv., en vaut trente aujourd'hui que j'en suis évincé, le *id quanti meâ interest eam habere licere*, est de la valeur de 30,000 liv., et par conséquent de 10,000 liv. au-delà du prix que je l'ai achetée, dont mon vendeur doit m'indemniser.

Cependant si, par des circonstances qu'on n'a pu prévoir lors du contrat de vente, il étoit survenu une augmentation immense de prix sur la chose qui m'a été vendue, le vendeur de bonne foi ne devroit pas être, en cas d'éviction, condamné à me payer la somme entière que vaut aujourd'hui l'héritage, et à laquelle montent par conséquent les dommages-intérêts résultants de l'éviction, mais seulement à payer la somme la plus haute à laquelle les parties, lors du contrat, ont pu s'attendre que les dommages et intérêts pourroient monter. *Voyez notre Traité des obligations*, *n.* 164; *et* Dumoulin, *Tr. de eo quod interest*, *n.* 57 *et seq.*

134. Lorsque la plus-value de l'héritage qu'on m'a vendu résulte des améliorations que j'y ai faites; si je n'ai été condamné à délaisser l'héritage qu'à la charge par le demandeur originaire de me rembourser du prix de ces améliorations, il est évident que je ne pourrai prétendre contre mon garant aucuns dommages et intérêts pour araison de cette plus-value, puisque devant en être remboursé

par le demandeur originaire, je ne dois pas l'être une seconde fois par mon garant.

C'est ce que décide Paul, en la loi 45, §. 1, ff. *de act. empt. Si mihi alienam aream vendideris, et eam ego ædificavero, atque ita dominus evincit; quia possum petentem dominum doli mali exceptione summovere, magis est ut ea res ad periculum venditoris non pertineat.*

Mais si le demandeur originaire n'a pas été assujetti par la sentence à me faire raison des améliorations; *putà*, si elles ont été compensées avec les jouissances, en ce cas c'est à mon garant à m'en indemniser. C'est de ce cas qu'on doit entendre la loi 9, *Cod. de evict.* qui porte: *Sin evictum fuerit, à venditore consequeris, quanti tuâ interest; in quo continetur, etiam eorum persecutio quæ in rem emptam, ut melior fieret, erogata sunt.*

Cette décision souffre le tempérament que nous avons ci-dessus rapporté, savoir, que si l'augmentation de prix qui résulte des améliorations faites par l'acheteur sur la chose vendue est immense, l'acheteur, qui n'a pas obtenu contre la partie qui l'a évincé le remboursement de ces améliorations, ne peut prétendre contre le vendeur qui lui a vendu la chose de bonne foi, une plus grande somme que celle à laquelle ce vendeur, lors du contrat, a pu s'attendre que pourroient monter au plus haut les dommages et intérêts auxquels il s'obligeoit en cas d'éviction. C'est ce que décide Paul, en la loi 43: *Vide planè de act. empt. Si in tantùm pretium excessisse proponas, ut non sit cogitatum à venditore de tantâ summâ, veluti si ponas agitatorem posteà factum vel pantomimum, evictum esse eum qui minimo vænit pretio, iniquum videtur in magnam quantitatem obligari venditorem.*

Ce tempérament n'a lieu qu'à l'égard du vendeur de bonne foi; c'est pourquoi Paul ajoute: *In omnibus tamen casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omnimodò teneri debet; l.* 45, §. 1, *d. t.*

135. De même que le garant est tenu, en cas d'éviction,

de rembourser à l'acheteur les améliorations qu'il a faites, lorsque la sentence n'y a pas condamné la partie qui l'évince; par la même raison, si la somme dont l'héritage est augmenté de prix par les améliorations que l'acheteur a faites, excède celle qu'il a dépensée pour les faire, le demandeur originaire n'étant obligé en ce cas de rembourser à l'acheteur que la somme qu'il a dépensée, le garant devra être condamné à l'indemniser pour le surplus. *Finge.* J'ai acheté un héritage pour le prix de 20,000 liv.; j'y ai fait une dépense de 3,000 liv. qui a augmenté de 200 liv. le revenu annuel de cet héritage, et a par conséquent accru de 4,000 liv. au moins la valeur de cet héritage. L'éviction de cet héritage, qui vaut aujourd'hui 24,000 liv., est pour moi une perte de 21,000 liv., déduction faite de 3,000 liv. qui doivent m'être remboursées par la partie qui m'évince. Cette éviction me cause donc une perte de 1,000 livres au-delà du prix de 20,000 liv. pour lequel je l'ai acheté, dont je dois être indemnisé par mon garant, qui est tenu envers moi *in omne quanti meâ interest suprà pretium.*

136. Que doit-on décider dans le cas inverse auquel la somme que l'acheteur a dépensée excède celle dont l'héritage est augmenté de prix? *Finge.* J'ai acheté un héritage pour le prix de 20,000 liv.; j'ai fait sur cet héritage une dépense de 10,000 liv., qui n'a augmenté le prix de l'héritage tout au plus que de 4,000 liv. Je suis évincé par le propriétaire. Il est certain qu'il ne sera pas obligé de me rembourser plus que les 4,000 liv. dont son héritage est devenu plus précieux. Mon garant sera-t-il tenu de m'indemniser de 6,000 liv. que j'ai dépensées de plus que celle qui me sera remboursée par le propriétaire? Non; car l'héritage étant supposé ne valoir que la somme de 24,000 liv., les dommages et intérêts résultants de l'éviction, qui ne sont autre chose que *id quanti interest eum fundum habere licere*, ne montent par conséquent qu'à cette somme de 24,000 liv. L'acheteur étant remboursé de 4,000 liv. par le demandeur, ne souffre rien au-delà du prix de 20,000 liv. que le vendeur lui doit restituer. Les 6,000 liv.

qu'il a dépensées de plus sont pour lui une perte: mais ce n'est pas une perte qui résulte de l'éviction, ni par conséquent qui puisse être censée faire partie des dommages et intérêts résultants de l'éviction dont le vendeur est tenu envers lui; cette perte étoit faite pour l'acheteur dès avant l'éviction, et indépendamment de l'éviction. Ce n'est ni l'éviction qui est la cause de cette perte que l'acheteur a soufferte, ni même le contrat de vente, qui en a été seulement l'occasion; cette perte n'a d'autre cause que la propre faute de l'acheteur, qui a fait une folle dépense que rien ne l'obligeoit de faire: c'est lui seul qui la doit souffrir.

137. Nous avons jusqu'à présent exposé quels peuvent être les dommages et intérêts que l'acheteur est dans le cas de souffrir par rapport à la chose dont il est évincé, *propter rem ipsam;* le vendeur de bonne foi, comme nous l'avons déja dit, n'est ordinairement tenu que de cette espèce de dommages et intérêts: il n'est pas ordinairement tenu de la perte que l'éviction a pu occasioner d'ailleurs à l'acheteur *extrinsecùs*, et dans ses autres biens. Par exemple, si j'ai établi une auberge dans une maison que j'ai achetée, et qui n'y étoit pas alors destinée, la perte que me cause l'éviction par rapport au dérangement qu'elle apporte à mon commerce d'aubergiste, ne sera pas comprise dans les dommages et intérêts dont est tenu envers moi mon vendeur, parceque cette perte ne concerne pas la chose même dont je suis évincé; je ne la souffre pas *propter rem ipsam,* mais *extrinsecùs,* et dans mes autres biens.

La raison de cette décision est tirée de ce principe que nous ne pouvons trop répéter, que l'obligation des dommages et intérêts qu'a contractée mon vendeur qui m'a vendu de bonne foi, n'étant formée que par son consentement, elle ne peut comprendre que ceux auxquels il a voulu et consenti de s'obliger; et il ne peut être censé avoir voulu s'obliger à ceux auxquels il ne peut pas paroître avoir pensé. Or, dans un contrat de vente, les parties ordinairement n'envisagent que ce qui concerne la chose vendue; elles ne peuvent pas prévoir une infinité d'espèces de

dommages que l'éviction peut causer d'ailleurs à l'acheteur. Par exemple, dans l'espèce proposée, le vendeur, qui m'a vendu de bonne foi la maison, n'a pu deviner que j'y établirois une auberge, ni par conséquent penser au dommage que me causeroit dans mon commerce d'aubergiste l'éviction de cette maison : il ne doit donc pas en être tenu.

138. Il faut décider autrement à l'égard du vendeur qui m'auroit vendu de mauvaise foi, comme à lui appartenante, une chose qui ne lui appartenoit pas; il est tenu, en cas d'éviction, de toutes les espéces de pertes et dommages que me cause et occasione l'éviction, quoiqu'ils ne concernent pas la chose vendue, et que je les souffre par rapport à mes autres biens. La raison est, comme nous l'avons déja observé en notre Traité des obligations, *n.* 166, que dans ce cas ce n'est pas seulement la volonté qu'il a eue de s'obliger, c'est son dol qui l'oblige, quand même il ne le voudroit pas, à la réparation de tout le dommage que ce dol m'a causé.

Observez que ce vendeur de mauvaise foi n'est néanmoins tenu que des dommages soufferts par l'acheteur, qui sont une suite prochaine et immédiate de l'éviction, et non de ceux qui n'en seroient qu'une suite trop éloignée, et qui pourroient avoir d'autre cause. Les principes que nous avons établis sur cette matière en notre Traité des obligations, *n.* 167, reçoivent ici leur application.

139. Quoique le vendeur ait vendu de bonne foi, il est néanmoins quelquefois tenu, en cas d'éviction, de certaines espéces de dommages causés par l'éviction à l'acheteur, quoiqu'ils ne concernent pas la chose même qui a été vendue, et que l'acheteur les ait soufferts *extrinsecùs*, et dans ses autres biens : cela a lieu toutes les fois qu'il paroît par les circonstances particulières qu'ils ont pu être prévus par le contrat, et qu'en conséquence le vendeur peut être censé s'y être tacitement soumis. Par exemple, si j'ai vendu une maison, pour faire une auberge, à un homme

qui étoit aubergiste de profession, je dois en ce cas être tenu des dommages qu'il souffre par le dérangement dans son commerce d'aubergiste que lui cause l'éviction; car dès que je lui vendois la maison pour faire une auberge, dès que je le connoissois pour aubergiste de profession, cette espéce de dommage, qui résultoit de l'éviction, étoit un dommage qui sautoit aux yeux, et qui ne sauroit passer pour un dommage qui ne pouvoit être prévu par le contrat.

Observez que pour la liquidation et estimation de ces dommages, on doit user de beaucoup plus de modération à l'égard d'un vendeur de bonne foi qu'à l'égard d'un vendeur de mauvaise foi.

§. VI. A quoi doit être condamné le vendeur en cas d'éviction d'une portion de la chose vendue, ou en cas d'éviction de la chose qui en est provenue, ou qui en reste.

140. Lorsque l'acheteur souffre éviction d'une portion seulement de la chose qui lui a été vendue; si cette portion est une portion indivise et aliquote, le vendeur doit être condamné à lui rendre, 1° une partie du prix pareille à la part de la chose dont l'acheteur souffre éviction. Par exemple, s'il souffre éviction du tiers ou de la moitié de la chose qui lui a été vendue, le vendeur doit lui rendre le tiers ou la moitié du prix.

Tout ce que nous avons dit au paragraphe précédent sur l'obligation de la restitution du total du prix, dans le cas de l'éviction de toute la chose, reçoit application à l'égard de l'obligation de rendre une partie du prix, dans le cas de l'éviction d'une partie de la chose.

141. 2° Le vendeur doit, de même que dans le cas de l'éviction du total, acquitter l'acheteur des condamnations contre lui intervenues, soit pour la restitution des fruits de la partie évincée, soit par rapport aux dégradations par lui faites; et enfin il doit l'acquitter des dépens; le tout suivant les distinctions que nous avons faites au paragraphe suivant.

142. 3° Enfin, le vendeur doit être condamné aux dommages et intérêts de l'acheteur, si l'éviction de cette partie lui en a causé au-delà de la part du prix: l'incommodité qu'il souffre de se trouver, par cette éviction, en communauté avec celui qui l'a évincé, peut être comprise et s'estimer dans lesdits dommages et intérêts. Au surplus, tout ce que nous avons dit au paragraphe précédent, des dommages et intérêts dans le cas de l'éviction du total, peut pareillement recevoir ici application.

143. Lorsque la portion évincée n'est pas une portion indivise, mais une portion intégrante de l'héritage vendu; *putà*, si j'ai souffert éviction d'un pré ou d'une vigne dépendante de la métairie que vous m'avez vendue; en ce cas, pour régler la portion du prix que vous devez me rendre, il faut faire une ventilation du prix de ce pré ou de cette vigne, eu égard et par proportion à celui pour lequel le total de la métairie a été vendu.

144. Comme le prix qui doit être rendu, en cas d'éviction, est le prix pour lequel la chose a été vendue, et non pas le prix qu'elle vaut au temps de l'éviction, comme nous l'avons établi au paragraphe précédent, il s'ensuit que cette ventilation doit se faire eu égard à l'état auquel se trouvoient tant la partie évincée que les autres parties de la métairie lors du contrat, et non pas eu égard à celui auquel elles se trouvent lors de l'éviction. C'est ce que décide la loi 13, ff. *de evict. Bonitatis æstimationem faciendam quùm pars evinceretur, Proculus rectè putabat quæ fuisset venditionis tempore, non quùm evinceretur.* Mais pour régler les dommages et intérêts qui peuvent être dus à l'acheteur au-delà du prix du contrat, l'estimation doit se faire eu égard à l'état auquel se trouve, au temps de l'éviction, la partie évincée, et à la valeur qu'elle a alors. Par exemple, si la vigne qui m'a été évincée n'étoit, lors du contrat, de valeur que de 1,200 liv., eu égard au prix du total de la métairie, et qu'elle en vaille 1,500 au temps de l'éviction, le vendeur devra être condamné à me payer, outre les 1,200 liv. pour la restitution du prix du contrat, les 300 livres qu'elle se

trouve valoir de plus : *nam tanti meâ interest eam habere licere ; Molin. Tr. de eo quod interest, n.* 67, 68, 69.

145. Il nous reste à observer que l'éviction d'une partie peut quelquefois donner droit à l'acheteur de conclure contre le vendeur à la rescision du contrat en entier : ce qui a lieu lorsqu'il est vraisemblable que sans la partie évincée l'acheteur n'eût pas voulu acheter le surplus.

146. Lorsque ce n'est ni d'une partie aliquote et indivise, ni d'une partie intégrante de la chose vendue que je suis évincé, mais de quelque chose qui en est provenu; comme si quelqu'un m'avoit vendu une jument qui ne lui appartenoit pas, et qu'après la mort de la jument j'aie souffert l'éviction du poulain qui en étoit provenu depuis la vente; en ce cas il n'y a pas lieu au premier objet de l'action *ex empto*, qui concerne la restitution du prix pour lequel la chose a été vendue : ce prix ne pouvant être le prix d'une chose qui n'a pas été vendue, et qui est seulement provenue de la chose vendue, il n'y a lieu qu'au second objet de l'action *ex empto*, qui concerne le *quod interest emptoris habere licere; Molin. Tr. de eo quod interest, n.* 149; ce qui doit se régler suivant la valeur de cette chose au temps de l'éviction.

§. VII. A quoi doit être condamné le vendeur, lorsque c'est un second acheteur qui est évincé.

147. Lorsque ce n'est pas le premier acheteur qui est évincé, mais un second acheteur à qui le premier acheteur avoit revendu la chose, les dommages et intérêts qui sont dus en ce cas par le premier vendeur au premier acheteur, outre la restitution du prix du premier contrat, consistent dans ce que ce premier acheteur, sur l'action en garantie du second acheteur, a été condamné de lui payer de plus que n'est le prix du premier contrat de vente.

Par exemple, si j'ai acheté un héritage 8,000 liv., que je l'aie revendu à Pierre 10,000 liv., et que Pierre en ayant été évincé, j'aie été condamné envers Pierre à lui rendre

la somme de 10,000 liv., et à lui payer ses dommages et intérêts, qui ont été liquidés à 2,000 liv., mon vendeur sera condamné envers moi à m'acquitter de 12,000 liv. que je suis condamné de payer à Pierre, et par conséquent en 4,000 liv. au-delà du prix de 8,000 liv. pour lequel il m'a vendu l'héritage.

148. *Vice versâ*, supposons que j'aie acheté l'héritage 10,000 liv.; que je l'aie revendu à Pierre 6,000; que Pierre ayant été évincé, j'aie été condamné envers lui à lui rendre la somme de 6,000 liv., et en ses dommages et intérêts, liquidés à 1,500 liv. : suffit-il que mon vendeur m'acquitte des 7,500 liv. que je suis obligé de payer au second acheteur, et ne doit-il pas me rendre entièrement la somme de 10,000 liv., pour laquelle il m'a vendu l'héritage? Il paroît que, suivant les principes de Dumoulin, il doit rendre la somme entière de 10,000 liv., non en vertu du second chef de l'action *ex empto*, que l'acheteur souffre de l'éviction au-delà du prix, puisque ce que je souffre de l'éviction est au contraire bien au-dessous du prix que j'ai payé; mais il doit cette restitution en vertu du premier chef de l'action *ex empto*, qui consiste dans la restitution du prix que le vendeur, en cas d'éviction, n'a plus droit de retenir, faute par lui d'exécuter l'obligation qu'il avoit contractée envers moi, de me faire jouir et mes successeurs.

149. Le second acheteur pourroit-il, en offrant de me quitter de ce que je lui dois de mon chef, être reçu à exercer en ma place et à son profit mes actions contre le premier vendeur, pour la restitution du prix de 10,000 liv.? On pourroit le soutenir; car lorsque je vends une chose à quelqu'un, je suis censé lui vendre et transporter tous les droits et actions qui tendent à faire avoir cette chose, et par conséquent l'action *ex empto* que j'ai contre mon vendeur *ut præstet rem habere licere;* cela paroît renfermé dans l'obligation que je contracte moi-même envers lui *præstandi ei rem habere licere.*

§. VIII. De l'effet qu'ont, par rapport à l'action de garantie, les clauses d'un contrat de vente, par lesquelles le vendeur s'obligeroit, en cas d'éviction, de rendre à l'acheteur le prix, avec une certaine portion du prix en sus.

150. Les clauses par lesquelles, dans un contrat de vente, le vendeur s'obligeroit, en cas d'éviction, de rendre à l'acheteur le prix, avec une certaine portion de ce prix en sus, sont fort différentes, dans notre droit françois, de la stipulation *duplæ*, qui étoit en usage par le droit romain, par laquelle le vendeur s'obligeoit, en cas d'éviction, de rendre le prix au double à l'acheteur.

Cette stipulation étoit un contrat accessoire, à la vérité, au contrat de vente, mais séparé et distingué de ce contrat, et qui produisoit une action séparée, et très différente de l'action *ex empto;* et il étoit au choix de l'acheteur d'intenter l'une ou l'autre de ces actions.

Au contraire, ces clauses qu'on inséreroit aujourd'hui dans un contrat de vente feroient partie du contrat de vente, et ne produiroient pas une action distinguée de l'action *ex empto;* mais elles serviroient à régler ce que l'acheteur doit demander par l'action *ex empto,* dans le cas d'éviction prévu par la clause.

151. Les parties, par ces clauses, composent comme à forfait des dommages et intérêts qui pourroient être prétendus par l'acheteur, en cas d'éviction; de manière que si, par exemple, on est convenu que le vendeur rendroit à l'acheteur le tiers en sus du prix, l'acheteur ne pourra prétendre une plus grande somme, quand même il auroit la preuve que ses dommages et intérêts montent à davantage; et *vice versâ,* le vendeur ne pourra éviter de payer le tiers en sus, quand même l'acheteur ne souffriroit pas de dommages et intérêts au-delà du prix; *Molin. ibid. n.* 120.

152. Cette décision souffre exception, 1° S'il étoit dit que le vendeur s'oblige à payer, en cas d'éviction, le tiers en sus du prix, *sans préjudice de plus grands dommages et intérêts, s'il y échet;* ou même seulement si le contrat, qui

contient cette obligation de payer le tiers en sus du prix, en cas d'éviction, contenoit aussi celle des dommages et intérêts: *Si adjectum sit sine præjudicio damnorum majorum; vel si nihilominùs promissa sunt damna et interesse; n.* 120.

2° Si l'éviction procédoit du dol du vendeur, ou de quelque nouveau fait de sa part; comme si depuis le contrat de vente où est cette clause, et avant la tradition, le vendeur eût, au préjudice de la vente, hypothéqué l'héritage à un créancier qui en eût depuis évincé l'acheteur.

3° Lorsque cette obligation de rendre, en cas d'éviction, un tiers en sus du prix, ou quelque autre chose de semblable, est contractée par le vendeur par forme de peine, *nomine pœnæ*, en cas de l'inexécution de l'obligation principale : car notre décision n'a lieu que lorsque ces clauses font partie de la disposition principale du contrat, et que l'esprit des parties est de régler, par ces clauses, l'objet et l'étendue de l'obligation principale, en cas d'éviction. Mais lorsque ces clauses renferment une peine, ces clauses sont des clauses accessoires à la disposition principale. L'obligation qui en naît est une obligation secondaire, qu'on appelle *obligation pénale;* et il est de la nature de ces obligations pénales d'accéder à l'obligation principale, sans la diminuer; comme nous l'avons expliqué en notre Traité des obligations, *n.* 342, auquel je renvoie; *Molin.* 121.

153. Observez aussi que si cette convention n'étoit faite qu'avec la caution du vendeur, elle n'auroit d'effet que vis-à-vis cette caution, qui seroit censée avoir voulu, par cette clause, restreindre et limiter son cautionnement à ce tiers en sus du prix : ce qui n'empêcheroit pas que le vendeur ne fût tenu à davantage, si les dommages et intérêts de l'acheteur montoient à davantage; *Molin.*, *n.* 120. Mais s'ils montoient à moins que le tiers en sus du prix, la caution, nonobstant cette clause, ne seroit tenue que de la somme à laquelle ils monteroient, étant de l'essence des cautionnements qu'une caution ne soit pas tenue à plus que le débiteur principal. *Voyez notre Traité des obligations, n.* 371 *et suiv.*

S'il y avoit plusieurs vendeurs, et que cette convention n'eût été faite qu'avec l'un deux, elle n'auroit d'effet que vis-à-vis de lui; *Molin. ibid. n.* 120.

§. IX. Plusieurs espèces particulières qui donnent lieu à des questions sur l'action de garantie.

PREMIÈRE ESPÈCE.

154. Une personne qui étoit propriétaire des trois quarts seulement par indivis d'une prairie de mille arpents, m'a vendu cette prairie entière, comme lui appartenant pour le total. Depuis le contrat, la rivière a emporté deux cents arpents de cette prairie : le propriétaire du quart de cette prairie m'a évincé du quart de ce qui en restoit, lequel quart monte à deux cents arpents. On demande pour quelle part je suis censé souffrir éviction de l'héritage qui m'a été vendu, et pour quelle part du prix j'ai action de garantie contre mon vendeur.

Il semble d'abord que l'éviction que je souffre dans cette espèce, est l'éviction du quart de la prairie qui m'a été vendu; car le demandeur en étoit véritablement propriétaire du quart. Il a revendiqué ce quart : j'ai été obligé de lui délaisser ce quart : je souffre donc éviction du quart, et en conséquence mon vendeur me doit rendre le quart du prix. Il est vrai que la perte causée par la rivière a diminué ce quart dont je souffre éviction, et que de deux cent cinquante arpents en quoi il consistoit, il a été réduit à deux cents. Mais suivant les principes ci-dessus établis, le vendeur ne doit pas profiter de la détérioration survenue en la chose dont l'acheteur a été depuis évincé, et il ne peut rien retenir pour cela du prix de cette chose qu'il n'a pas eu droit de vendre, et dont il n'a pu faire jouir l'acheteur. Nonobstant ces raisons, Papinien, en la loi *ex mille*, 64, ff. *de evict.*, décide que dans cette espèce je ne suis censé souffrir éviction que de la cinquième partie de l'héritage qui m'a été vendu, et qu'en conséquence l'action *de evictione* n'est ouverte que pour la cinquième par-

tie du prix : *Stipulatio duplæ*, dit-il, *pro parte quintâ, non quartâ præstabitur; nam quod periit, damnum emptori, non venditori attulit.* Cette raison que Papinien donne de sa décision en style laconique, suivant sa coutume, a besoin d'être développée. La perte de deux cents arpents que la rivière a causée, est une perte causée par un cas fortuit et une force majeure, qui par conséquent ne peut tomber que sur l'acheteur, aux risques duquel est, depuis le contrat, la chose vendue : le vendeur ne peut être tenu de cette perte, même pour le quart qui ne lui appartenoit pas dans ces deux cents arpents emportés par la rivière, et qui étoit sujet à éviction : car pour qu'il y ait lieu à l'action *ex stipulatione*, il ne suffit pas que la chose ait été sujette à éviction, il faut que l'acheteur en ait été réellement évincé. Or le propriétaire du quart de la prairie, qui a donné contre moi la demande en revendication, n'a pu par cette demande, et par la sentence intervenue sur icelle, m'évincer du quart qu'il avoit dans les deux cents arpents emportés par la rivière. Ce qui n'existe plus ne pouvant pas être évincé, il ne m'a évincé que du quart dans les huit cents arpens; et ce quart montant à deux cents arpents, n'est que la cinquième partie de la prairie de mille arpents qui m'a été vendue : je n'ai donc souffert éviction que de la cinquième partie, et par conséquent je ne puis prétendre la restitution que de la cinquième partie du prix. Cette question ne contient rien d'opposé aux principes que nous avons établis, que le vendeur ne doit pas profiter de la détérioration et dépréciation de la chose dont l'acheteur a souffert l'éviction, et qu'il ne doit pas pour cela retenir une partie du prix. Ces principes recevroient application si la rivière avoit ensablé la prairie qui m'a été vendue, sans en rien emporter. Quoique lors de l'éviction elle valût à peine la dixième partie du prix pour lequel elle m'a été vendue, je n'en aurois pas moins le droit de répéter le quart du prix, parcequ'en ce cas j'ai véritablement souffert éviction du quart de la chose qui m'a été vendue, et que le vendeur n'ayant pu remplir pour ce quart l'obliga-

tion qu'il avoit contractée de m'en faire jouir, il n'est pas en droit de retenir le prix de ce quart : mais il n'est pas contraire à nos principes qu'il profite indirectement, dans l'espéce de la loi *ex mille*, de ce que la rivière a emporté deux cents arpens, parceque le quart que son copropriétaire avoit dans les mille arpents vendus, étant par cette perte réduit à un cinquième desdits mille arpents, je ne puis plus être évincé que d'un cinquième de la chose qui m'a été vendue, ni par conséquent avoir contre mon vendeur action que pour un cinquième. Il profite en ce cas indirectement de cette perte, de même qu'il profiteroit indirectement de la perte du total de la prairie, si la rivière l'eût emportée en entier, en ce qu'il ne pourroit plus y avoir d'éviction de rien.

155. Cette décision a lieu lorsque le vendeur qui a vendu la chose d'autrui l'a vendue de bonne foi, croyant qu'elle lui appartenoit; ce qu'on doit toujours supposer, tant que le contraire n'est pas justifié; car le vendeur n'est pas précisément tenu à transférer la propriété de la chose à l'acheteur, mais seulement à le défendre des évictions : *Venditor hactenùs tenetur ut emptori rem habere liceat, non etiam ut ejus faciat*, l. 30, §. 1, *ff. act. empt. Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere;* l. 25, §. 1. ff. *de contr. empt.* C'est pourquoi le vendeur, quoiqu'il ait vendu la chose d'autrui, n'a point manqué à son obligation, lorsque l'acheteur n'a souffert aucune éviction de cette chose; et son obligation se trouve consommée lorsque, par l'extinction de la chose, l'acheteur cesse d'en pouvoir être évincé.

Il n'en seroit pas de même dans le cas auquel le vendeur qui a vendu la prairie comme une chose à lui appartenante pour la totalité, auroit eu, lors du contrat, connoissance qu'elle ne lui appartenoit pas pour un quart : la perte des deux cents arpents, causée par la rivière, ne le déchargeroit pas de la restitution du quart entier du prix. On ne peut pas dire, comme dans le cas du vendeur de bonne foi, qu'il a rempli ses obligations par rapport à ce

qui a péri; car dans ce cas-ci il a manqué à l'obligation que la bonne foi impose aux contractants dans le contrat de vente, en vendant comme à lui appartenant ce qu'il savoit ne lui pas appartenir : il naît de ce dol une action contre lui, qui est ouverte avant que l'acheteur souffre éviction de la chose, *d.* l. 30, §. 1, ff. *de act. empt.*, et qui ne s'éteint pas par la perte de la chose vendue, le vendeur ne devant pas profiter de son dol, et retenir le prix d'une chose qu'il a vendue de mauvaise foi.

SECONDE ESPÈCE.

156. Papinien, en la loi *ex mille*, propose une autre question. En retenant la même supposition d'une prairie de mille arpents qui m'a été vendue, et dont la rivière a emporté deux cents arpents, il demande si ayant depuis souffert éviction de tout ce qui m'en restoit, sur la demande en revendication d'une personne qui étoit propriétaire, pour le total, de la prairie qui m'a été vendue, j'ai action pour le total, ou seulement pour les quatre cinquièmes, contre celui qui l'a vendue de bonne foi. Il paroît que, suivant le même raisonnement qui a été employé pour décider la question précédente, je ne dois avoir action que pour les quatre cinquièmes, et non pour le total : car les huit cents arpents qui restoient, et dont j'ai été évincé, ne sont que les quatre cinquièmes des mille arpens qui m'ont été vendus, et non le total : je n'ai pas pu être évincé de l'autre cinquième que la rivière a emporté : la perte que j'ai soufferte ne peut être attribuée à aucune éviction, mais à une force majeure qui doit tomber sur moi qui suis l'acheteur. Nonobstant ces raisons, Papinien décide que le vendeur est tenu en ce cas de l'éviction pour le total : *Si totus fundus quem flumen diminuerat evictus sit jure, non diminuetur evictionis obligatio; non magìs quàm si fundus deterior factus sit.* Dumoulin, *Tract. de eo quod interest*, *n.* 111, 112, 113 et 114, souscrit à cette décision aussi bien qu'à la précédente. La raison de différence qu'il apporte est que le propriétaire du

total de l'héritage qui m'a été vendu, m'ayant évincé de cet héritage pour tout ce qui en reste, cette éviction ne peut passer que pour une éviction totale, qui doit par conséquent obliger le vendeur, *evictionis nomine*, pour le total: *Toto residuo, jure* TOTIUS, *evicto, verba stipulationis verificantur in toto, quia totum residuum est totus fundus, et totus evincitur; d. n.* 113. Si on oppose que les huit cents arpens qui me restent, et qui me sont évincés, ne sont qu'une partie des mille qui m'ont été vendus, on répond que quoique, lors du contrat, ils ne fussent qu'une partie de la prairie qui m'a été vendue, ils en sont devenus le total par la perte du surplus; et c'est comme d'un *total*, et non comme d'une partie que j'en suis évincé. Au contraire, dans l'espèce de la question précédente, l'éviction que je souffre est l'éviction d'une *part*, et par conséquent elle ne peut donner lieu à l'action *de evictione* que pour une part: *Locus esse potest benignæ interpretationi in hoc casu*, dit Caillet *ad h. l.* Quoique la part qu'avoit le demandeur ait été, lors du contrat, le quart de mille arpents qui m'ont été vendus, néanmoins la perte causée par la rivière ayant réduit cette part à une quantité de deux cents arpents par indivis, qui ne fait plus que la cinquième partie des mille qui m'ont été vendus, et en conséquence l'éviction que je souffre se trouvant n'être plus effectivement que de la cinquième partie, il ne doit y avoir lieu à l'action *de evictione* que pour une cinquième partie: *Ex quo formula evictionis semel limitatur* ad partem, *necesse est ut limitetur ad partem realiter per evictionem ablatam. d. n.* 113.

La distinction que Papinien fait entre les deux espèces me paroît renfermer plus de subtilité que de solidité. La même raison qui a fait décider, dans la première espèce de la loi *ex mille*, que le vendeur ne doit point restituer le prix du quart que le demandeur avoit dans les deux cents arpents emportés par la rivière, me paroît devoir pareillement faire décider dans celle-ci, qu'il ne doit pas restituer le prix de ces deux cents arpents: car dans l'une et dans l'autre espèce la même raison de décision se rencontre,

savoir, qu'on n'a pas pu évincer l'acheteur de ce qui n'existoit plus, et qu'il n'y a lieu à l'action *de evictione* que pour ce dont il a été effectivement évincé : la raison de différence apportée par Dumoulin a plus de subtilité que de solidité.

157. Quand même, dans la seconde espèce, la décision de Papinien devroit être suivie, elle ne pourroit l'être que dans le cas où celui qui m'a évincé des huit cents arpents qui me restoient, auroit été propriétaire des mille qui m'ont été vendus; mais s'il n'étoit propriétaire que des huit cents arpents qui me restoient, et qu'il ne le fût pas de la partie que le fleuve m'a enlevée, il ne peut être douteux, en ce cas, que cette éviction ne peut passer pour une éviction totale de ce qui m'a été vendu, qui me donne action pour le total contre mon vendeur, puisque le demandeur qui m'a évincé n'ayant jamais été propriétaire de tout ce qui m'a été vendu, mais seulement d'une partie, quoique cette partie soit la seule qui reste, il n'a pu m'évincer que *jure hujus partis*, et non *jure totius*, comme dans l'espèce précédente; et par conséquent le vendeur ne peut être tenu en ce cas de l'éviction qu'au prorata de cette partie, c'est-à-dire pour les quatre cinquièmes; *Molin. n.* 117.

158. Si on m'a vendu, pour un seul et unique prix de dix mille livres, deux prairies séparées, de la continence de cinq cents arpents chacune, et d'égale bonté, dont l'une appartenoit à mon vendeur et l'autre à un tiers, et qu'après que la rivière a emporté deux cents arpents de celle qui appartenoit à ce tiers, il m'ait évincé des trois cents arpents restants, il n'est pas douteux qu'on doit en ce cas décider, comme dans la première question, et par les raisons qui y sont déduites, que ces trois cents arpents n'étant que les trois dixièmes de mille qui m'ont été vendus, le vendeur n'est tenu de l'éviction que pour les trois dixièmes du prix : mais si ces deux prairies ont été vendues pour des prix séparés, y ayant en ce cas deux ventes séparées, c'est une éviction totale de l'objet de l'une des deux ventes, et c'est le cas de la seconde question; *Molin. n.* 118.

TROISIÈME ESPÈCE.

159. Papinien, *d. l.* §. 1, propose une troisième question. Il suppose que la prairie de mille arpents qui m'a été vendue, s'est, depuis le contrat, accrue par alluvion, et est aujourd'hui de douze cents arpents. Le propriétaire d'une cinquième portion par indivis de cette partie me fait condamner à lui délaisser sa cinquième portion, qui, au moyen de l'alluvion, se trouve être de deux cent quarante arpents. Il demande si le vendeur sera en ce cas tenu *de evictione* seulement pour une cinquième portion, ou s'il doit être tenu pour une plus grande portion, parceque les deux cent quarante arpents dont je suis évincé font plus que le cinquième des mille arpents qui m'ont été vendus. Il décide que le vendeur n'est tenu que pour un cinquième. La raison est, que je ne suis effectivement évincé que de la cinquième partie de mille arpents qui m'ont été vendus; les quarante arpents que je suis obligé de délaisser de plus, font partie de l'accroissement qui y est survenu, plutôt que de ce qui m'a été vendu. Or, quant à ce qui concerne la stipulation *de evictione*, et l'obligation de la restitution du prix, le vendeur n'est tenu que de l'éviction de ce qu'il a vendu, et non pas de ce qui y est accru: *Alluvionis periculum non præstat venditor;* d. l. §. 1.

Observez que quoique cette décision de Papinien, et le principe sur lequel il l'appuie, *Alluvionis periculum non præstat venditor*, ne tombent que sur l'action *ex stipulatione duplæ*, dont il est traité en la loi 64, on peut aussi les appliquer au premier chef de l'action *ex empto*, qui concerne la simple restitution du prix. Mais à l'égard du second chef de cette action, qui a lieu contre le vendeur *in id quod suprà pretium pluris interest emptoris rem evictam non esse*, la perte que l'acheteur a faite de quarante arpents qui font partie de l'accroissement survenu à l'héritage par alluvion, entre en considération, et on ne peut pas dire à cet égard que *periculum alluvionis non præstat venditor;* car toute

augmentation de la chose entre en considération pour ces dommages et intérêts, comme nous l'avons vu ci-devant.

QUATRIÈME ESPÈCE.

160. Enfin Papinien, *d. l.* §. 2, propose une quatrième question. Il suppose que la rivière a emporté deux cents arpents de la prairie de mille arpents qui m'a été vendue; mais depuis elle y a fait d'un autre côté une alluvion de pareille quantité de deux cents arpents. Depuis, sur la demande en revendication d'une personne qui étoit propriétaire pour une cinquième portion de cette prairie, j'ai souffert éviction de la cinquième portion de cette prairie, montante à deux cents arpents. Papinien demande si le vendeur, en ce cas, est tenu pour une cinquième portion, ou pour une portion moindre. Et il décide, conformément à ses décisions précédentes, qu'il n'est pas tenu pour une cinquième portion, mais seulement au *prorata* de cent soixante arpents, parceque les quarante arpents qui ont été délaissés de plus ne font pas tant partie des mille arpents vendus, que de l'accroissement par alluvion des deux cents arpents, *cujus alluvionis periculum non præstat venditor*, comme il a dit en la question précédente. Dumoulin, *n.* 116 et 117, souscrit à cette décision, en observant néanmoins, comme nous l'avons remarqué sur la question précédente, que cette décision, de même que la précédente, ne tombe que sur l'action *ex stipulatione duplæ*, et sur le premier chef de l'action *ex empto*, qui ne concerne que la restitution du prix, et non sur le second, qui renferme *quod suprà pretium emptoris interest.*

Cette distinction entre les deux chefs de l'action *ex empto* s'éclaircira par un exemple. Supposons que, dans l'espèce proposée, la prairie de mille arpents a été vendue mille pistoles, ce qui est à raison d'une pistole par chaque arpent. L'acheteur, dans l'espèce proposée, sera créancier de cent soixante pistoles, en vertu du premier chef de l'action *ex empto*, qui concerne la restitution du

prix, parceque la restitution ne lui est due que du prix des cent soixante arpents qui font partie de ceux qui lui ont été vendus, et non des quarante autres qui font partie de l'alluvion. Quoique la valeur intrinséque ou extrinséque de ces héritages soit augmentée ou diminuée, c'est de cette somme de cent soixante pistoles qu'il sera créancier en vertu du premier chef de l'action *ex empto*, qui ne concerne que la restitution du prix; mais à l'égard du second chef de l'action *ex empto*, qui concerne le *id quod suprà pretium emptoris interest habere licere*, le total des deux cents arpents dont l'acheteur est évincé entre en considération, tant ce qui fait partie de ce qui a été vendu, que ce qui fait partie de l'accroissement : c'est pourquoi si, lors de l'éviction, ces deux cents arpents sont de valeur d'une somme plus grande que celle de cent soixante pistoles, qui est due pour la restitution du prix, ce qu'ils valent de plus sera dû à l'acheteur en vertu de ce second chef de l'action *ex empto:* mais si la prairie avoit été tellement détériorée que, lors de l'éviction, les deux cents arpents ne valussent pas plus, ou même qu'ils valussent moins que les cent soixante pistoles, l'acheteur ne pourroit prétendre rien davantage.

161. Papinien, dans l'espéce que nous venons de proposer, a supposé que l'alluvion des deux cents arpents s'est faite d'un autre côté de l'héritage : la même décision auroit-elle lieu, si l'alluvion s'étoit faite du même côté d'où les deux cents arpents avoient été précédemment enlevés? Cujas, *in Papin.*, sur ce paragraphe, incline à décider en ce cas que le vendeur devroit être tenu pour la cinquième portion, et que les deux cents arpents d'alluvion doivent en ce cas être considérés comme les mêmes que la rivière m'avoit enlevés, et qu'elle est censée en ce cas m'avoir restitués. Mais Dumoulin, *n.* 119, décide, avec raison, qu'il faut suivre la même décision, pourvu que cet accroissement se soit fait *ex intervallo*, et non *in continenti*, après que les deux cents arpents ont été emmenés par le

fleuve ; car cet accroissement qu'a formé l'alluvion qui s'est faite *ex intervallo*, est un nouvel accroissement, qui ne peut pas paroître formé de ce que la rivière avoit enlevé.

CINQUIÈME ESPÈCE.

162. On m'a vendu la seigneurie utile d'une maison dont il ne restoit plus que trente années de jouissance; elle n'appartenoit pas au vendeur, et après que j'en ai joui vingt-cinq ans, j'en ai été évincé par celui à qui elle appartenoit, et j'ai été obligé de la lui délaisser, sans aucune restitution des fruits : puis-je répéter de mon vendeur le total du prix pour lequel elle m'a été vendue? La raison de douter se tire de nos principes, que l'on ne considère l'état auquel se trouve la chose évincée, que par rapport au second objet de l'action *ex empto*, qui est le *quod interest emptoris;* mais que quant au premier objet, qui est la restitution du prix, on n'y a aucun égard, et que, quelque détériorée et dépréciée que se trouve la chose dont l'acheteur est évincé, l'obligation du vendeur, quant à ce premier objet, n'en est pas diminuée : *Non diminuetur evictionis obligatio, si fundus aut servus traditus deterior factus sit, l. 64, ff. de evict.* Il faut néanmoins décider au contraire que le vendeur, dans cette espèce, ne doit rendre le prix qu'à proportion du temps qui restoit à expirer de cette seigneurie utile, lors de l'éviction.

Il est vrai que lorsque toute la chose qui a été vendue est évincée, quelque détériorée et quelque dépréciée qu'elle soit, le vendeur est tenu à la restitution du total du prix, parcequ'il n'a rempli en aucune partie son obligation. Par exemple, si l'on m'a vendu un héritage dont je suis évincé; quoiqu'ayant été, depuis le contrat, ensablé en entier par une inondation, il ne vaille pas la dixième partie du prix qu'il a été vendu, le vendeur ne laissera pas d'être obligé de me rendre le total du prix. Mais dans notre espèce, la chose qui m'a été vendue étant un être successif consistant dans une certaine mesure de temps de jouissance, savoir, dans une jouissance de trente années, la jouissance des cinq dernières années dont je suis évincé n'est pas

toute la chose qui m'a été vendue; elle n'en est que la sixième partie; ce n'est que pour cette sixième partie que le vendeur manque à son obligation de me faire jouir; il l'a remplie pour le surplus, *præstitit mihi habere licere:* il ne doit donc être tenu de cette éviction que pour la sixième partie du prix; autrement j'aurois et la chose et le prix tout à-la-fois.

Observez que si la seigneurie utile, dont je suis évincé pour les cinq ans qui sont à expirer, se trouve, par l'augmentation intrinsèque ou extrinsèque survenue dans l'héritage, être de plus grande valeur que le sixième du prix pour lequel elle m'a été vendue, le vendeur, *ex secundo capite actionis ex empto*, est tenu envers moi de ce qu'elle vaut de plus.

163. Ce que nous avons décidé pour une seigneurie utile, reçoit application à l'égard d'un droit d'usufruit. Si à l'âge de trente ans j'ai acheté le droit d'usufruit d'un héritage, et qu'après en avoir joui cinquante années, j'en sois évincé à l'âge de quatre-vingts ans, il est certain que ce droit d'usufruit dont je suis évincé n'est qu'une petite partie du droit qui m'a été vendu, et que cette éviction ne doit pas donner lieu à la restitution du total du prix : mais on doit estimer ce qu'il vaut pour le temps incertain qui me reste à vivre, ou bien condamner le vendeur à me faire, pendant le temps qui me reste à vivre, une rente viagère d'égale valeur au revenu de l'héritage.

Si le revenu de ce droit d'usufruit étoit diminué depuis le contrat, la rente viagère en laquelle on condamneroit le vendeur pour me tenir lieu de la restitution du prix de ce qui reste du droit d'usufruit dont je suis évincé, ne doit pas seulement être de la valeur présente du revenu, mais de la valeur de ce revenu au temps du contrat; car le vendeur doit rendre le prix que la chose évincée valoit au temps du contrat, et pour lequel elle a été vendue, quoiqu'elle se trouve dimiuuée de valeur au temps de l'éviction.

Au contraire, si le revenu étoit augmenté depuis le contrat, la rente viagère devroit être d'égale valeur au revenu

présent, en conséquence de la seconde obligation par laquelle le vendeur est tenu, en cas d'éviction, envers l'acheteur, *in id omne quod suprà pretium emptoris interest habere licere.*

SIXIÈME ESPÈCE.

164. Un maître, par son testament, a légué à ses négres la liberté, s'ils parvenoient à l'âge de soixante-dix ans. L'héritier m'a vendu un de ces négres, âgé pour lors de quarante ans, sans m'avertir de cette disposition testamentaire, qui n'est venue à sa connoissance que depuis. Trente ans après cet esclave réclame la liberté qui lui a été léguée : c'est une éviction que je souffre, dont mon vendeur m'est garant. Doit-on décider, comme dans les espéces précédentes, qu'il n'est tenu de la restitution du prix qu'au prorata de ce à quoi on peut estimer le reste du temps de la vie de ce négre? Il semble d'abord qu'on doit décider au contraire qu'il est tenu de la restitution du prix pour le total, et que cette espéce est très différente des précédentes; car dans cette espéce la chose vendue n'est pas, comme dans les espéces précédentes, un être moral, successif et divisible, qui consiste dans une mesure d'un certain temps de jouissance. Le négre qui m'a été vendu est un être physique et indivisible; on ne peut pas dire que ce négre septuagénaire qui m'a été évincé, ne fût qu'une partie du négre qui m'a été vendu; ce négre devenu septuagénaire est en entier le même qui m'a été vendu, lorsqu'il n'avoit que quarante ans; par conséquent on ne peut pas disconvenir que j'ai souffert éviction de toute la chose qui m'a été vendue; d'où on croit pouvoir conclure que le vendeur est tenu à la restitution du prix pour le total. Nonobstant ces raisons, Dumoulin décide fort bien que le vendeur n'est tenu en ce cas de la restitution du prix qu'au prorata de ce qu'on estimera le temps incertain du reste de la vie de ce négre. La raison est que quoiqu'un homme soit en soi un être indivisible, néanmoins c'est une espéce de bien dont la durée n'est pas perpétuelle et sans bornes, comme celle d'un

fonds de terre ou d'une maison, mais qui a une durée bornée, qui est celle de sa vie; et c'est sur cette durée que s'en régle le prix. C'est pourquoi dans la vente d'un esclave, de même que dans la vente d'une emphytéose ou d'un usufruit, le prix de la vente est le prix d'un temps borné de possession et de jouissance de cet esclave, auquel on a évalué le temps vraisemblable de sa vie; et lorsque j'en suis évincé après trente ans de possession et de jouissance, mon vendeur a rempli, pour la plus grande partie, l'obligation qu'il a contractée envers moi *præstare eum mihi habere licere;* il ne manque à cette obligation que pour le peu de temps qui reste de la vie de cet esclave, et par conséquent il n'est tenu de la restitution du prix qu'au prorata de ce temps. C'est ce qu'enseigne Dumoulin, *n.* 128*: In servo vendito, ex naturâ rei quæ tempore finitur, constat non minùs durationem vitæ verisimiliter consideratam et appretiatam, quàm in venditione usûsfructûs vel emphyteosis temporalis; uterque ergo casus, temporis commensurationem et appretiationem recipit;* et plus haut, *n.* 127, il dit : *Quùm non venderetur res perpetuò durabilis, certum est non esse actum ut habere liceret perpetuò, sed ad tempus vitæ quod verisimiliter prævisum et æstimatum fuit, et ad verisimilem durationem majus vel minus definitum pretium.... Quùm ergo toto ferè tempore vitæ prævisæ fruitus sit emptor, nec per evictionem absit nisi modicum et ferè inutile tempus, non potest totum pretium repetere.* En cela ces choses sont très différentes des fonds de terre; car dans la vente d'un fonds de terre, la durée devant être perpétuelle, elle n'entre pas en considération pour en régler le prix; et lorsque l'acheteur en est évincé, quelque temps qu'il en ait joui avant l'éviction, ce temps ne peut rien diminuer de la totalité du prix que le vendeur lui doit restituer; ce temps, quelque long qu'il ait été, n'étant qu'un infiniment petit par rapport à la perpétuité de durée de possession que le vendeur étoit obligé de lui faire avoir, et dont l'éviction le prive.

Ajoutez encore une autre raison de différence que rap-

porte Dumoulin, *n.* 129; c'est qu'à l'égard des fonds de terre, si l'acheteur a joui de la chose pendant quelque temps avant l'éviction, il a été en récompense privé de l'intérêt et revenu du prix qu'il a payé, dont le vendeur a joui en sa place, lequel intérêt égale ou même surpasse ordinairement le revenu de l'héritage vendu; au lieu qu'à l'égard des choses de courte durée, les revenus excédant ordinairement de beaucoup l'intérêt du prix, l'acheteur qui a joui de la chose profiteroit aux dépens du vendeur, si on lui rendoit tout le prix.

165. Notre décision à l'égard des choses d'une durée bornée a lieu non seulement dans le cas où le vendeur en étoit propriétaire, et en a transféré à l'acheteur une propriété qui a duré jusqu'au temps de l'ouverture de la condition qui a donné lieu à l'éviction, mais même dans le cas auquel il auroit vendu une chose qui ne lui appartenoit pas du tout. En l'un et en l'autre cas, il doit être déchargé de la restitution du prix, à proportion du temps de la possession et jouissance qu'en a eue l'acheteur: car quoique le vendeur ne fût pas, lors du contrat, propriétaire de la chose qu'il vendoit; en sa qualité de possesseur de cette chose, il en avoit les droits vis-à-vis de toute personne qui n'étoit pas le véritable propriétaire; il avoit droit d'en jouir jusqu'à l'éviction, s'il ne l'eût pas vendue; c'est une chose étrangère à l'acheteur, que le vendeur ait été propriétaire ou non. Pour que l'acheteur doive au vendeur le prix de la jouissance qu'il a eue, il suffit que le vendeur lui ait fait avoir cette jouissance; *Molin. n.* 130 *et* 131.

ARTICLE VI.

Des exceptions de garantie qui naissent de l'obligation de garantie.

166. L'obligation de garantie que le vendeur contracte envers l'acheteur, donne à l'acheteur contre lui et contre ses héritiers, qui succèdent à cette obligation, non seulement une action, mais aussi une exception, suivant cette maxime, que celui qui a une action doit avoir, à plus forte

raison, une exception : *Cui damus actiones, eidem et exceptiones competere multò magìs quis dixerit;* l. 156, §. 1, ff. *de R. J.*

Il y a lieu à cette exception lorsque celui qui m'a vendu une chose qui ne lui appartenoit pas, et qui depuis, par droit de succession ou autrement, en est devenu le propriétaire, forme contre moi la demande en revendication de cette chose. Sa demande procède contre moi, puisqu'il en est le propriétaire et non pas moi; car il n'a pu, par la tradition qu'il m'en a faite, m'en transférer la propriété qu'il n'avoit pas encore. Mais comme, en me vendant cette chose, il a contracté envers moi l'obligation de me la garantir, c'est-à-dire de me la faire avoir, et de me défendre de tous troubles en la possession de cette chose, il naît, de cette obligation qu'il a contractée envers moi, une exception qui exclut sa demande; car son obligation de me faire avoir la chose qu'il m'a vendue résiste manifestement à la demande qu'il me fait de la lui délaisser; son obligation de faire cesser tous les troubles qui pourroient m'être faits par rapport à cette chose, l'oblige à faire cesser celui qu'il me fait lui-même par la demande qu'il a intentée contre moi; et puisqu'il seroit sujet à l'action de garantie si tout autre agissoit contre moi, il doit être exclus de pouvoir former lui-même aucune demande contre moi. C'est ce que signifie cette maxime : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

167. Par la même raison, si vous m'avez vendu une chose, et que vous m'en ayez mis en possession avant d'en être le propriétaire, et qu'après en être devenu propriétaire, vous l'ayez vendue à un second acheteur, qui la revendique contre moi, je lui opposerai l'exception de garantie dont vous êtes tenu envers moi : car quoique vous fussiez propriétaire de la chose que vous m'avez vendue et livrée, lorsque vous l'avez vendue à ce second acheteur, vous n'avez pas pu lui en transférer la propriété; la propriété ne pouvant se transférer que par la tradition de la chose, que vous ne pouviez pas lui faire, n'en étant pas le

possesseur, *infrà, part.* 5 : vous n'avez pu que le subroger en votre action de revendication pour l'exercer, *tanquam tuus procurator in rem suam;* mais vous n'avez pas pu, par cette subrogation, lui accorder plus de droit que vous n'en aviez vous-même. Cette action que vous aviez lui est inutile; car elle ne subsiste que *solâ subtilitate juris;* l'exception de garantie que j'y puis opposer la rend inefficace.

168. Cette exception de garantie qui naît de l'obligation de garantie a lieu pareillement contre les héritiers du vendeur, quoiqu'ils soient propriétaires de leur chef; car ils succèdent à cette obligation de garantie comme à tous les autres droits et obligations du défunt. C'est pourquoi si celui qui est le vrai propriétaire de la chose qui m'a été vendue par celui à qui elle n'appartenoit pas, ou qui a quelque hypothèque ou quelque autre droit sur cette chose, devient par la suite héritier de celui qui me l'a vendue, il ne sera plus recevable à former contre moi aucune action de revendication, ni aucune action hypothécaire ou autre action, de me faire délaisser l'héritage, pour raison de laquelle j'eusse pu avoir recours de garantie contre mon vendeur; car étant devenu lui-même héritier de mon vendeur, et, en cette qualité, tenu du recours de garantie que j'ai droit d'exercer, il ne peut pas intenter de son chef des actions contre moi, qu'il est obligé de faire cesser en sa qualité d'héritier, suivant la règle ci-dessus alléguée : *Quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio.*

169. Cette exception a lieu, même à l'égard de l'héritage d'un mineur, que son tuteur auroit vendu comme appartenant à lui tuteur, ou auroit vendu avec promesse de faire ratifier le mineur. Si ce mineur devient héritier de ce tuteur qui l'a vendu, l'exception de garantie pourra lui être opposée, et l'empêchera de pouvoir revendiquer son héritage. Cette décision n'est point contraire à la loi qui défend l'aliénation des héritages des mineurs; car si le mineur ne peut revendiquer cet héritage, ce n'est pas que l'héritage ait été valablement aliéné, mais c'est que le mineur est devenu l'héritier de celui qui l'a vendu.

170. Il semble qu'on devroit décider par la même raison, qu'un substitué ne pourroit, après l'ouverture de la substitution, répéter contre un tiers les biens compris en la substitution, s'il se trouvoit être héritier du grevé qui les a vendus à ce tiers. Néanmoins la nouvelle Ordonnance des Substitutions, *t.* 2, *art.* 31, décide qu'il le peut, en rendant le prix de la vente.

La raison est, que l'ordonnance, dont le but principal a été d'assurer l'effet des substitutions, et de faire passer les biens compris dans les substitutions à ceux qui y sont appelés, pour assurer cet effet, a voulu, par cette disposition, que les grevés de substitution ne pussent, en vendant, s'obliger à la garantie de la substitution, de peur que cette obligation de garantie qu'ils contracteroient, et qui passeroit à leurs héritiers, qui se trouvent souvent être les mêmes personnes qui sont appelées à la substitution, ne pût à cet égard former quelque obstacle à l'exécution de la substitution. En cela l'ordonnance ne fait pas de tort à l'acheteur, parceque l'insinuation de la substitution la rendant publique, il a dû connoître que l'héritage étoit grevé de substitution; et il doit s'imputer de l'avoir acheté.

171. Ce que l'ordonnance a décidé pour la vente d'un héritage substitué étant un droit singulier, doit, suivant la maxime qui a lieu pour tout ce qui est de droit singulier, être renfermé dans son cas, et par conséquent ne peut être étendu à la vente de l'héritage du mineur, qui est devenu par la suite héritier du vendeur. D'ailleurs il y a une grande différence entre les deux cas : celui qui a acheté une chose chargée de substitution, sait ou doit savoir la substitution, qui est publique par l'insinuation; mais celui à qui un tuteur vend, comme à lui appartenante, la chose de son mineur, ne peut savoir que cette chose appartient au mineur; c'est pourquoi il ne seroit pas juste que le vendeur ne fût pas obligé envers lui à la garantie.

172. De ce que la nouvelle ordonnance décide que le substitué peut, en offrant le prix, répéter les héritages

substitués, quoiqu'il soit héritier de celui qui les a vendus, en doit-on tirer cette régle générale, que l'ordonnance ne permet pas que le vendeur puisse s'obliger à la garantie de la substitution envers l'acheteur, quand même il l'auroit stipulée? Il me semble que l'ordonnance suppose cette régle; car si la vente d'un bien substitué obligeoit le vendeur à la garantie, cette obligation de garantie passeroit nécessairement à son héritier, puisqu'un héritier n'est autre chose que le successeur aux droits et obligations d'un défunt. Le substitué devenu héritier du vendeur deviendroit donc obligé à la garantie du bien vendu, et ne pourroit par conséquent en demander le délais, puisqu'il répugne qu'une personne puisse me demander le délais d'une chose dans la possession de laquelle elle est obligée de me maintenir.

173. Le droit que l'ordonnance a établi sur ce point, étant un droit nouveau, il ne doit pas avoir lieu pour les ventes contractées avant l'ordonnance; et il y a lieu de penser que dans ce cas le substitué, devenu héritier du vendeur du bien substitué, ne seroit pas recevable, ainsi que le permet l'ordonnance, à en demander le délais en offrant la restitution du prix; car l'obligation de garantie ayant été valablement contractée par le vendeur avant l'ordonnance, elle passe nécessairement à son héritier, et exclut aussi nécessairement l'action qu'il pourroit intenter en sa qualité de substitué.

174. Celui qui n'est qu'héritier en partie du vendeur, peut-il être exclus en entier de sa demande pour faire délaisser l'héritage par l'exception de garantie qui lui est opposée? Il sembleroit d'abord, suivant les principes que nous avons établis ci-dessus, qu'il devroit être déclaré non recevable dans sa demande pour le total, puisque l'obligation de défendre étant indivisible, *suprà*, *n.* 105, il est obligé de l'en défendre pour le total. Néanmoins la loi 14, *Cod. de R. vend.*, décide en termes formels que l'héritier du vendeur, qui est de son chef propriétaire de la chose vendue, n'est exclus de sa demande en revendication que

pour la part quant à laquelle il est héritier du vendeur. Il est vrai que cette loi est dans l'espèce d'un acheteur qui avoit eu connoissance, lors du contrat, que la chose vendue n'appartenoit pas à son vendeur; mais cette circonstance est indifférente pour la décision : car l'obligation qu'a contractée le vendeur de défendre l'acheteur de tous troubles, n'en est pas moins l'obligation d'un fait indivisible, dont chaque héritier du vendeur est tenu pour le total, soit que l'acheteur ait su, soit qu'il ait ignoré que la chose n'appartenoit pas au vendeur. Il faut donc décider indistinctement, suivant cette loi 14, que nonobstant les raisons de douter ci-dessus proposées, l'héritier du vendeur, qui ne l'est que pour partie, n'est exclus que pour la part dont il est héritier, des actions qu'il a de son chef pour faire délaisser à l'acheteur la chose vendue. La raison est que l'obligation du vendeur *præstandi emptori rem habere licere*, étant, lorsque la chose vendue est divisible, une obligation divisible, chaque héritier du vendeur n'étant par conséquent débiteur de la chose vendue que pour sa part héréditaire, cet héritier pour partie remplit entièrement son obligation en laissant à l'acheteur cette chose, quant à la part pour laquelle il est héritier, et en ne donnant la revendication que pour le surplus. Si le vendeur fût mort avant que d'avoir fait à l'acheteur la tradition de la chose vendue, l'acheteur ne pourroit la demander à chacun des héritiers que pour la part quant à laquelle chacun d'eux est héritier; le vendeur, en exécutant son obligation par la tradition qu'il a faite, n'a pas dû rendre la condition de ses héritiers pire qu'elle ne l'auroit été s'il ne l'eût aucunement exécutée. Quant à l'objection tirée de l'obligation de défendre, qui est indivisible, la réponse est que cette obligation de défendre, comme il a été remarqué en son lieu, n'est pas une obligation précise et absolue, mais une obligation dont chaque héritier du vendeur, quoiqu'il en soit tenu pour le total à cause de l'indivisibilité de la défense, peut néanmoins se décharger en satisfaisant, autant qu'il est en lui, pour la part dont il est héritier, à l'obligation princi-

pale *præstare emptori rem habere licere.* C'est sur ce principe que l'héritier en partie, assigné en garantie par l'acheteur, pour le défendre contre la demande d'un tiers, peut se décharger de l'obligation de le défendre, en offrant pour sa part les dommages et intérêts résultants de l'inexécution de l'obligation *præstandi emptori rem habere licere.* Par la même raison, lorsque l'héritier du vendeur, qui ne l'est que pour partie, et qui est de son chef propriétaire de la chose vendue, a satisfait pleinement, quant à la part pour laquelle il est héritier, à son obligation *præstandi rem habere licere*, en lui laissant la chose pour la part dont il lui en est débiteur, c'est-à-dire pour laquelle il est héritier du vendeur, il est dès-lors déchargé de son obligation de le défendre contre la demande en revendication qu'il forme de son chef pour le surplus; et il ne doit pas par conséquent y être déclaré non recevable pour le surplus. L'obligation de défendre l'acheteur est subordonnée à l'obligation *præstandi ei rem habere licere;* elle cesse par conséquent dans celui qui remplit celle-ci.

Observez néanmoins qu'il est au choix de l'acheteur, ou de retenir la portion de la chose vendue, que le propriétaire, comme héritier pour cette portion du vendeur, ne peut revendiquer; ou de lui délaisser cette chose pour le total sur son action de revendication, en le faisant condamner à lui payer, pour la part dont il est héritier, les dommages et intérêts résultants de l'éviction; car n'ayant pas acheté la chose pour en avoir seulement une partie, il ne peut être obligé à la retenir seulement pour partie. Tout ceci est la doctrine de Dumoulin, *Tr. de div. et ind. p.* 2, *n.* 499, 500, 501. Henrys, *t.* 1, 4, 31, dit que l'héritier en partie doit être admis de son chef à la revendication du total, en offrant les dommages et intérêts pour la part dont il est héritier. Cette opinion est contraire aux principes.

175. Il en est autrement de l'héritier bénéficiaire. L'exception de la garantie dont il est tenu en cette qualité, ne peut pas exclure les actions qu'il a de son chef; l'acheteur

peut seulement obtenir contre lui, en sa qualité d'héritier bénéficiaire, une condamnation de dommages et intérêts, qu'il exécutera sur les biens de la succession. La raison s'en tire des principes sur la matière des héritiers bénéficiaires. Un héritier bénéficiaire n'est point tenu des dettes et obligations du défunt *sur ses propres biens*, mais seulement sur ceux de la succession bénéficiaire. L'obligation de garantie, qui est une dette de la succession, ne peut donc l'exclure des actions qu'il a de son chef, et qui sont de son *propre bien*.

176. L'exception de garantie peut être opposée non seulement aux héritiers du vendeur, mais à tous ceux qui succèdent ou participent à ses obligations. Par exemple, on peut l'opposer au légataire universel ou donataire universel, soit du total, soit d'une partie des biens du vendeur, contre les actions que ce légataire ou donataire universel intenteroit de son chef. Mais comme ces personnes ne sont tenues des dettes que jusqu'à concurrence des biens compris dans le legs ou don universel, elles peuvent faire cesser cette exception en offrant d'abandonner et de céder ces biens. Au reste, elles n'ont pas le même droit que l'héritier bénéficiaire; elles ne peuvent faire cesser cette exception qu'en abandonnant : car les donataires et légataires universels n'ont pas le droit qu'a un héritier bénéficiaire de n'être pas tenu des dettes de la succession sur ses propres biens; ils n'ont que celui de pouvoir s'en décharger en abandonnant le bien compris au don ou legs universel, parcequ'ils n'en sont tenus que jusqu'à cette concurrence.

177. L'exception de garantie peut pareillement être opposée aux cautions du vendeur contre les actions qu'elles auroient droit d'intenter de leur chef contre moi, pour me faire délaisser la chose vendue; l. 11, *Cod. de evict.* Despeisses, *p.* 1, 7, 55, dit que cette décision a lieu seulement dans le cas auquel la caution étoit, dès le temps de son cautionnement, propriétaire de la chose, parcequ'en se rendant caution de la vente de cette chose, elle a re-

noncé au droit qu'elle avoit de la revendiquer; mais qu'elle ne doit pas être excluse de sa demande, lorsqu'elle n'est devenue propriétaire de la chose que depuis son cautionnement, parcequ'elle ne peut être censée avoir renoncé à un droit qu'elle n'avoit pas encore. Cette distinction ne vaut rien. L'exception de garantie naît de l'obligation de garantie que la caution a contractée en accédant à celle du vendeur. Cette obligation consiste à défendre l'acheteur de toutes demandes tendantes à éviction, et par conséquent à le défendre de la demande que la caution auroit droit d'intenter contre lui, ce qui la rend non recevable à l'intenter, soit qu'elle en eût le droit lors du cautionnement, soit qu'elle ne l'ait acquis que depuis; car il implique contradiction qu'elle puisse être reçue à former de son chef une demande qu'elle est, en sa qualité de caution, obligée de faire cesser.

178. La caution à qui j'oppose l'exception de garantie pourroit-elle m'opposer qu'en qualité de caution elle n'est tenue de l'obligation de garantie que subsidiairement au vendeur, qui en est le principal débiteur; qu'elle a le bénéfice de discussion, et que je dois me pourvoir contre le vendeur, avant que je puisse lui opposer l'exception de garantie? Non: car la caution ne peut opposer l'exception de discussion que lorsque le débiteur principal peut acquitter la dette. Mais dans l'espèce proposée, l'obligation de garantie dont le vendeur est le débiteur principal, et à laquelle la caution a accédé, n'étant autre chose que celle de me défendre, et de faire cesser toutes les actions qu'on pourroit donner contre moi pour me faire délaisser la chose qui m'a été vendue, c'est une obligation qui ne peut être, dans l'espèce proposée, acquittée par mon vendeur, qui en est le débiteur principal, et qui ne peut l'être que par la caution, puisqu'il n'y a qu'elle qui puisse faire cesser l'action qu'elle intente de son chef contre moi, en abandonnant cette action.

On opposera que s'il n'est pas au pouvoir de mon vendeur d'acquitter l'obligation primitive, il est en son pou-

voir d'acquitter l'obligation secondaire, qui consiste à me payer les dommages et intérêts qui résulteront de l'éviction, et que tant qu'il est en son pouvoir de l'acquitter, je ne puis pas me pourvoir contre la caution. La réponse est que l'obligation primitive de la garantie ne doit être convertie en l'obligation secondaire des dommages et intérêts que dans le cas auquel elle ne pourroit être acquittée par tous ceux qui en sont tenus : que cette obligation primitive, dont la caution est tenue, pouvant être acquittée par la caution, en la faisant déclarer non recevable dans la demande qu'elle a donnée de son chef, on doit l'y déclarer non recevable, plutôt que de convertir l'obligation primitive de la garantie en l'obligation secondaire des dommages et intérêts.

179. L'obligation de garantie que la caution contracte en se rendant caution pour le vendeur, passe aux héritiers et autres successeurs universels de cette caution; et par conséquent l'exception de garantie peut leur être opposée contre les actions qu'ils auroient de leur chef contre l'acheteur pour lui faire délaisser la chose qui lui a été vendue.

La loi 31, *Cod. de evict.*, semble dire le contraire. Il y est dit : *Hæredem fidejussoris rerum pro quibus defunctus apud emptorem intercesserat pro venditore, factum ejus cui successit, ex suâ personâ dominium vindicare non impedit, scilicet evictionis causâ durante actione.* Mais Cujas, par l'explication qu'il donne de cette loi, fait disparoître la difficulté. Cette loi dit bien que l'obligation de garantie à laquelle a succédé l'héritier de la caution, n'empêche pas qu'il n'exerce l'action qu'il a de son chef contre l'acheteur pour lui faire délaisser l'héritage, lorsque cet acheteur n'oppose pas l'exception de garantie; mais elle ne nie pas que l'acheteur ne pût de sa part opposer contre cette action l'exception qui résulte de l'obligation de garantie. Il faut supposer, dans l'espèce de cette loi, que l'acheteur qui pouvoit opposer cette exception, dans le fait, ne l'a pas opposée, et s'est laissé condamner à délaisser l'héritage. La question de la loi est de savoir si l'acheteur a

dans ce cas l'action *de evictione* contre cet héritier. La raison de douter est qu'il n'y a pas lieu à cette action lorsque l'acheteur a pu éviter l'éviction, comme il le pouvoit en ce cas, en opposant l'exception de garantie; mais la loi décide que cet héritier, étant celui qui l'a évincé, n'est pas recevable à opposer à cet acheteur qu'il auroit pu éviter l'éviction, et qu'en conséquence cet acheteur doit avoir contre lui l'action *de evictione:* c'est le sens de ces derniers termes de la loi, *Scilicet evictionis causâ durante actione.*

Faute de savoir cette solution, Despeisses, *loco citato,* a eu recours à une distinction insoutenable, en disant que l'héritier du vendeur est sujet à l'exception de garantie, parceque le vendeur s'oblige *præstare emptori rem habere licere;* mais que l'héritier de la caution n'y est pas sujet, parceque la caution ne s'oblige que *ad interesse;* comme s'il n'étoit pas de la nature du cautionnement que la caution soit censée s'obliger à tout ce à quoi le débiteur principal s'oblige.

180. L'exception de garantie peut aussi être opposée à la femme commune en biens, pour la moitié dont elle est tenue des dettes de la communauté; et il y a lieu à cette exception lorsqu'elle revendique son propre, qui a été vendu sans son consentement par son mari durant la communauté: car sa qualité de commune la fait participer à toutes les obligations contractées par son mari durant la communauté, et par conséquent à l'obligation de la garantie de cet héritage, que son mari a contractée envers l'acheteur durant la communauté, en le lui vendant. La femme, comme commune, étant donc tenue pour moitié de l'obligation de garantie, elle doit être exclue pour moitié de la revendication de son héritage, à moins qu'elle n'offrît d'abandonner et de compter de tous les biens qu'elle a eus de la communauté, suivant le privilége qu'ont les femmes qui ont fait bon et loyal inventaire, de se décharger de cette manière des dettes et obligations de

la communauté, desquelles elles ne sont tenues que jusqu'à la concurrence des biens qu'elles en ont.

181. Pour que celui qui prétend le droit de propriété ou quelque autre droit dans la chose qui m'a été vendue, puisse être déclaré non recevable en la demande qu'il a donnée contre moi pour me la faire délaisser, il faut qu'il soit personnellement tenu de l'obligation de garantie. Il ne suffiroit pas qu'il fût détenteur de quelque héritage qui y fût hypothéqué. Ce n'est qu'à celui qui est personnellement obligé à la garantie que j'ai droit de dire : Vous êtes vous-même obligé à me défendre de l'action que vous intentez contre moi, et par conséquent vous êtes non recevable à l'intenter. Ce n'est qu'à son égard que s'applique la maxime, *Quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio.* Le droit d'hypothèque que j'ai sur l'héritage dont est détenteur celui qui m'évince, ne consistant que dans celui de me faire payer, sur le prix de cet héritage, des dommages et intérêts que me cause l'éviction, je n'ai droit de conclure à autre chose contre lui, sinon qu'en lui délaissant de ma part, sur sa demande, la chose qui m'a été vendue, il soit de sa part condamné à délaisser l'héritage hypothéqué à la garantie de cette chose, pour être vendu, à l'effet que je puisse être payé, sur le prix d'icelui, de mes dommages et intérêts, si mieux il n'aime me payer lesdits dommages et intérêts.

Suivant ce principe, celui qui n'est héritier que pour partie de mon vendeur, quoiqu'il soit *biens-tenant;* et la femme commune, quoique détentrice de conquêts hypothéqués à ma garantie, ne doivent être que pour la part dont ils sont personnellement tenus de la garantie, déclarés non recevables dans l'action qu'ils ont droit de leur chef d'intenter contre moi pour me faire délaisser la chose vendue; et je dois être condamné à la leur laisser pour le surplus; sauf qu'ils doivent être de leur part condamnés à délaisser les biens hypothéqués à ma garantie, dont ils sont détenteurs, à l'effet que je puisse être payé sur le prix

de mes dommages et intérêts, si mieux ils n'aiment me payer lesdits dommages et intérêts.

ARTICLE VII.

Des cas auxquels l'obligation de garantie n'a pas lieu, au moins quant à l'objet des dommages et intérêts que l'héritier a soufferts de l'éviction au-delà du prix qu'il a payé.

On peut distinguer trois différentes espèces de cas dans lesquels l'obligation de garantie n'a pas lieu, au moins quant à l'objet des dommages et intérêts que l'acheteur a soufferts de l'éviction au-delà du prix qu'il a payé.

La première espèce est le cas de la dérogation à la garantie.

La seconde espèce est un cas auquel il n'y a pas lieu à la garantie, si elle n'a pas été stipulée expressément.

La troisième est de ceux dans lesquels elle n'a pas lieu, quand même elle auroit été expressément stipulée.

§. I. Première espèce.

De la dérogation à la garantie.

182. Le droit commun des contrats de vente, qui oblige le vendeur envers l'acheteur à la garantie de la chose vendue, ne concernant qu'un intérêt particulier des acheteurs, il est permis aux parties de déroger à ce droit par des conventions particulières : *Pacisci contra edictum Ædilium licet;* l. 31, ff. *de pact.* L'obligation de garantie est bien de la nature du contrat de vente; elle y est toujours sous-entendue, quoiqu'elle n'y soit point exprimée : mais quoiqu'elle soit de la nature de ce contrat, elle n'est pas de son essence. Il peut y avoir un contrat de vente sans obligation de garantie, et elle peut par conséquent être excluse du contrat par une clause particulière.

183. Les clauses qui excluent la garantie peuvent être plus ou moins étendues.

Quelquefois on n'exclut la garantie que pour une seule

espèce d'éviction; comme lorsque le vendeur déclare par le contrat que l'héritage est sujet à un droit de refus, à un droit de réméré, à une telle hypothéque, à une telle substitution, etc. Par telles et autres semblables clauses, le vendeur n'est déchargé de la garantie que pour l'espèce d'éviction déclarée au contrat; mais il n'en est pas moins obligé à la garantie des évictions que l'acheteur pourroit souffrir pour toute autre cause.

184. Quelquefois la clause est plus étendue. Telle est celle par laquelle le vendeur stipule qu'il ne sera garant que de ses faits: car le vendeur est, par cette clause, déchargé de la garantie, quelque cause d'éviction qui survienne, à moins qu'elle ne procédât du fait du vendeur, telle que seroit une demande hypothécaire formée par un créancier pour une hypothéque que le vendeur auroit contractée lui-même.

185. Si le vendeur avoit stipulé généralement qu'il ne seroit tenu d'aucune garantie, sans excepter expressément les évictions qui procéderoient de son fait, la clause ne seroit pas pour cela plus étendue, ni différente de la précédente, et l'exception seroit facilement sous-entendue; car il seroit contre la bonne foi que le vendeur, qui ne peut ignorer son propre fait, exposât l'acheteur aux évictions qui peuvent arriver par son fait, sans le lui déclarer.

186. La clause par laquelle le vendeur stipule qu'il ne sera tenu d'aucune garantie empêche bien qu'il ne soit tenu des dommages et intérêts de l'acheteur, faute de pouvoir faire cesser les évictions, et accomplir la promesse qu'il lui a faite de lui faire avoir la chose: mais cette clause ne le décharge pas de la restitution du prix dont il est tenu *condictione sine causâ;* car l'acheteur ne s'étant obligé de payer, et n'ayant effectivement payé ce prix qu'en conséquence de ce que le vendeur promettoit de lui faire avoir la chose vendue, le vendeur n'ayant pas accompli sa promesse, la cause pour laquelle l'acheteur a payé le prix ne subsiste plus; et par conséquent le vendeur, se trouvant avoir ce prix sans cause, doit le rendre.

C'est ce que décide la loi 11, §. 18, ff. *de act. empt. Etsi aperté in venditione comprehendatur nihil evictionis nomine præstatum iri; pretium deberi re evictâ, utilitatem non deberi; nec enim bonæ fidei contractus hanc patitur conventionem, ut emptor rem amitteret, et venditor pretium retineret.*

Quelques docteurs cités par Bruneman, *ad d. l.*, ont cru devoir faire à cet égard une distinction. Ils conviennent que, suivant la loi citée, le vendeur ne laisse pas d'être tenu à la restitution du prix, en cas d'éviction, lorsqu'il a stipulé en général qu'il ne seroit tenu de garantir d'autres évictions que de celles qui procéderoient de son fait; mais ils prétendent qu'il en doit être autrement, lorsqu'il a stipulé qu'il ne seroit pas tenu d'une certaine espèce particulière d'éviction, et qu'en ce cas il ne doit pas même être tenu de la restitution du prix, lorsque l'acheteur est évincé par cette espèce particulière d'éviction; ce qu'ils prétendent établir par la loi 69, ff. *de evict.*, qui porte que celui qui, en vendant un esclave, a excepté de la garantie à laquelle il s'obligeoit, le cas auquel l'esclave réclameroit la liberté, n'est point tenu de l'éviction, soit que l'homme fût déja libre lorsqu'il l'a livré, soit qu'il n'ait acquis la liberté que depuis, par l'événement de la condition sous laquelle elle lui avoit été laissée. Cette distinction est, avec raison, rejetée par Bruneman, *ad d. l.* Elle est dénuée de raison, et la loi 69, sur laquelle ils s'appuient, ne l'établit point : car cette loi dit bien que le vendeur n'est point tenu de l'éviction; c'est-à-dire qu'il n'est pas tenu *actione in duplum ex hâc stipulatione, quâ se evictionis nomine obligavit;* mais elle ne dit nullement, comme ils le lui font dire, qu'il ne soit pas même tenu de la restitution du prix; et ce n'étoit pas de cela qu'il étoit question dans cette loi, qui ne parle que de la stipulation *de evictione. Voyez* Mornac, *ad d.* §.

187. Il y a néanmoins un cas auquel le vendeur n'est pas tenu même de la restitution du prix en cas d'éviction; c'est lorsqu'il paroît que ce n'est pas tant la chose qu'il a vendue, que la prétention incertaine qu'il avoit à cette

chose. Cette vente est semblable à celle d'un coup de filet, *d. l.* 11, §. 18.

§. II. Seconde espèce de cas.

188. Il y a un cas auquel le vendeur n'est pas tenu, en cas d'éviction, d'indemniser l'acheteur, s'il ne s'y est pas expressément obligé par le contrat; c'est celui auquel le vendeur pourroit justifier que l'acheteur avoit connoissance, lors du contrat, de la cause qui a depuis donné lieu à l'éviction. Par exemple, si le vendeur pouvoit justifier que l'acheteur, lors du contrat de vente, savoit que l'héritage n'appartenoit pas au vendeur, ou qu'il étoit chargé de certaines hypothéques; en ce cas l'acheteur condamné à le délaisser sur la demande en revendication du véritable propriétaire, ou sur l'action hypothécaire des créanciers à qui appartenoient ces droits d'hypothéque, n'aura aucun recours pour ses dommages et intérêts : car si l'acheteur, qui a acheté avec cette connoissance, souffre de cette éviction quelque chose au-delà du prix qu'il a payé, il doit se l'imputer, puisque c'est une éviction à laquelle il devoit s'attendre : ce n'est pas le vendeur qui l'a induit en erreur.

189. Accurse et Barthole vont bien plus loin : ils soutiennent que l'acheteur n'a pas même en ce cas la répétition du prix qu'il a payé. Cette opinion est manifestement contraire à l'équité, qui ne permet pas que le vendeur s'enrichisse aux dépens de l'acheteur, en retenant le prix d'une chose qui ne lui appartient pas; et que l'acheteur soit tout à-la-fois privé de la chose qu'il a achetée, et du prix qu'il a payé : *Iniquum emptorem carere re et pretio.* Ces docteurs ont été trompés par la loi 27, *Cod. de evict.*, qui, dans le sens qu'elle présente d'abord, paroît conforme à leur décision. Il y est dit : *Si fundum sciens alienum vel obligatum comparavit Athenocles, neque quicquam de evictione convenit; quod eo nomine dedit, contra juris poscit rationem.* Mais Cujas, *ad h. l.*, a fait disparoître la difficulté, en observant que ces derniers termes *quod eo nomine dedit,*

ne doivent pas s'entendre du prix qu'Athenoclès avoit payé au vendeur, ce qui contiendroit une injustice manifeste, mais de ce qu'il avoit été obligé de payer au demandeur originaire pour se conserver dans la possession de l'héritage. Ce que la loi ajoute, *Nam* * *si ignorans, desiderio tuo, juris forma, negantis hoc reddi, refragatur*, prouve l'interprétation de Cujas, et que ces termes, *quod eo nomine dedit*, ne doivent pas s'entendre du prix que l'acheteur a payé au vendeur: car il n'eût pas été besoin que les empereurs décidassent que le prix qu'un acheteur a payé lui doit être restitué en cas d'éviction; c'est une chose qui n'est pas susceptible de doute. Caillet, *ad h. l.*, atteste que l'opinion de Cujas est suivie dans la pratique, quoiqu'elle ait souffert autrefois difficulté, suivant qu'il paroît par un arrêt de partage sur cette question, rapporté par Louet, *l. A. chap.* 13.

190. Il faut décider autrement à l'égard d'un recéleur qui auroit acheté d'un voleur une chose qu'il savoit avoir été volée. Ce recéleur, en cas d'éviction, ne doit pas être recevable dans la demande qu'il donneroit contre le voleur pour la restitution du prix qu'il lui a payé; mais ce prix doit être confisqué, ou appliqué aux hôpitaux. La raison est que l'achat que ce recéleur a fait de la chose volée est de sa part un crime, et une complicité du vol. Or un contrat criminel ne peut produire d'action: *Nemo ex proprio dolo, ex proprio delicto consequitur actionem.* Le prix que l'acheteur a payé pour un tel achat a été payé *ex turpi causâ:* or, suivant les principes établis en notre Traité des obligations, *n.* 43, il n'y a aucune répétition de ce qui a été payé *ex turpi causâ, quùm dantis æquè et accipientis turpitudo versatur.*

Mais lorsqu'il n'est intervenu aucun vol ni aucun crime auquel l'acheteur ait participé en achetant, et qu'on ne peut reprocher à l'acheteur qu'un simple défaut de bonne foi, pour avoir acheté une chose qu'il savoit ne pas appartenir au vendeur, ce défaut de bonne foi n'étant pas quelque

* *Nam* est ici, et très fréquemment dans le Digeste, particule adversative, et a le même sens que *sed.*

chose d'assez grave pour être sujet à l'animadversion des lois, qui ne punissent pas les fautes légères, il n'empêche pas l'acheteur d'être reçu à demander au vendeur, en cas d'éviction, la restitution du prix qu'il a payé. C'est pourquoi Cujas, *ad h. l.*, dit qu'il y a une différence *inter simplicem malam fidem, et dolum.*

191. Non seulement la connoissance que l'acheteur a eue que la chose n'appartenoit pas au vendeur, ou étoit hypothéquée, n'empêche pas l'acheteur d'être reçu à demander au vendeur, en cas d'éviction, la restitution du prix; mais elle ne doit pas non plus empêcher qu'il ne soit reçu à demander les dommages et intérêts qu'il a soufferts au-delà du prix, lorsque la garantie a été expressément stipulée par le contrat : car ce n'est que dans le cas auquel elle n'a pas été stipulée que l'acheteur, qui a eu cette connoissance, est exclus de la demande de ces dommages et intérêts. La loi ci-dessus rapportée le déclare expressément par ces termes : *Quùm de evictione nihil convenit.* La loi 7, *Cod. commun. utr. jud.*, le décide encore plus formellement en ces termes : *Si scientes obligationem, dominium suscepistis ; tantùm evictionis promissionem solemnitate verborum vel pacto promissam probantes, eos conveniendi (in id quod interest) facultatem habebitis.*

La loi *fin.* §. *emptor. Cod. commun. de legat.*, paroît contraire à ces décisions. Justinien y décide que celui qui a acheté d'un héritier des choses comprises dans un legs ou dans un fidéicommis, avec connoissance de ce legs ou fidéicommis, n'avoit pas, en cas d'éviction par le légataire, l'action qui naît de la stipulation de garantie, et qu'il devoit lui suffire que l'héritier lui rendît le prix : *Emptor sciens rei gravamen adversùs venditorem actionem habeat tantùm ad restitutionem pretii, nec ex duplæ stipulatione locum habeat, quùm sufficiat ei pro pretio quod sciens dedit pro re alienâ satisfieri.* Cujas, *ad d. l.* 27, *Cod. de evict.*, répond que c'est par une raison de faveur particulière aux legs et fidéicommis que Justinien a ordonné cela, afin d'en procurer mieux l'exécution, et d'empêcher qu'on ne vendît

facilement à des tiers les choses comprises dans les legs ou fidéicommis, en déniant aux acheteurs qui avoient eu connoissance du testament l'action de garantie, quand même ils l'auroient stipulée. Il en conclut que la décision de cette loi est *jus singulare;* qu'elle ne doit par conséquent avoir lieu que dans le cas pour lequel elle a été faite, et qu'elle ne doit pas être étendue aux autres cas dans lesquels quelqu'un a acheté une chose qu'il savoit ne pas appartenir au vendeur, ou ne lui pas appartenir irrévocablement: dans tous ces cas (sauf le seul cas de cette loi), la connoissance que l'acheteur a eue dès le temps du contrat, de la cause qui par la suite a donné lieu à l'éviction, n'empêche pas qu'il ne soit reçu dans l'action de garantie, pour ses dommages et intérêts contre son vendeur, lorsqu'il l'a stipulée.

Je pense néanmoins que cette décision ne doit avoir lieu que dans le cas auquel le vendeur avoit à cet égard la même connoissance que l'acheteur, comme nous allons le voir au paragraphe suivant.

§. III. Troisième espèce de cas.

192. Il y a des cas d'une troisième espèce, dans lesquels il n'y a pas lieu à l'obligation de garantie, quand même la garantie auroit été stipulée. On en peut rapporter trois de cette espèce. Le premier est celui du recéleur, dont nous avons déja parlé ci-dessus.

Le second est celui de ceux qui achètent des héritages compris dans une substitution dûment publiée et enregistrée. Ces acheteurs, en cas d'éviction de ces héritages par les substitués, n'ont pas d'action contre le vendeur et ses héritiers, si ce n'est pour la restitution du prix qu'ils ont payé, quand même ils auroient expressément stipulé la garantie. *Voyez ce que nous en avons dit* suprà, *art. précéd. n.* 172.

Le troisième cas est celui d'un acheteur qui, ayant connoissance de la cause qui a donné depuis lieu à l'éviction, l'a cachée au vendeur qui l'ignoroit, et de qui il a stipulé

la garantie. Comme en ce cas c'est l'acheteur qui a induit en erreur le vendeur, en stipulant de lui une garantie que le vendeur n'auroit pas promise, si l'acheteur ne lui avoit pas caché que la chose étoit sujette à éviction, l'équité ne permet pas que l'acheteur profite en ce cas de cette surprise faite au vendeur, pour exiger de lui les dommages et intérêts qu'il a soufferts au-delà du prix qu'il a payé; et le vendeur paroît fondé à l'exclure de son action de garantie, par l'exception de dol, en lui offrant seulement de lui rendre le prix qu'il a reçu.

193. Le quatrième cas est lorsque la vente a été faite pour le prix d'une somme que le vendeur doit à l'acheteur, qui la lui a gagnée au jeu. Si cet acheteur souffre éviction, il ne doit avoir aucune action de garantie contre le vendeur; l. 2, §. 1, ff. *quar. rer. act. non;* non pas même pour la répétition du prix. C'est l'avis de Caballinus, en son Traité *de evictione, n.* 78. La raison est que ce seroit donner indirectement action pour les dettes du jeu; ce que les lois civiles défendent. Le vendeur assigné en garantie peut sur ce fait faire interroger l'acheteur sur faits et articles.

SECTION III.

De la garantie des charges réelles de la chose vendue.

194. Le vendeur, en s'obligeant par le contrat de vente envers l'acheteur, *præstare ei habere licere*, s'oblige à le garantir de tout ce qui pourroit diminuer ou gêner cette faculté: c'est donc une suite de l'obligation que le vendeur contracte, qu'il doit garantir l'acheteur de toutes demandes pour raison de charges réelles, autres que celles qui lui ont été déclarées, ou qu'il ne pouvoit ignorer.

Nous verrons, 1° quelles sont les charges qu'il n'est pas nécessaire de déclarer; 2° quel est l'effet de la garantie des charges réelles.

§. I. Quelles sont les charges qu'il n'est pas nécessaire de déclarer.

195. Les charges que l'acheteur est censé ne devoir pas ignorer, et dont en conséquence le vendeur n'est pas tenu de garantir l'acheteur, quoiqu'elles n'aient pas été expressément déclarées par le contrat, sont, 1° toutes celles qui sont de droit commun. De ce nombre est la dîme. Ce n'est pas même proprement une charge réelle, la dîme étant une charge des fruits et une dette de celui qui les recueille, plutôt qu'une charge de l'héritage qui produit les fruits : car le curé ou autre décimateur n'a aucun droit dans les héritages sur lesquels il perçoit la dîme; mais il est seulement fondé dans une louable coutume de percevoir la dîme des fruits qui se recueillent dans la paroisse. Quoi qu'il en soit, cette charge étant de droit commun, et toute terre qui produit des fruits décimables étant sujette à la dîme, il n'est point nécessaire de la déclarer par le contrat de vente à l'acheteur, qui ne peut l'ignorer.

196. Les charges du centième denier, des contributions pour les pavés, pour les tailles d'églises et autres semblables, sont aussi des charges de droit commun dont le vendeur, en conséquence, n'est point tenu d'acquitter l'acheteur, quoiqu'elles n'aient point été déclarées par le contrat.

197. Les droits et devoirs seigneuriaux, tels qu'ils sont réglés par les coutumes, sont aussi des charges des héritages, qui n'ont pas besoin d'être déclarées par le contrat de vente, lorsque les héritages sont situés dans les provinces où est établie la maxime, *Nulle terre sans seigneur;* la présomption étant que l'héritage relève de quelque seigneur ou à fief ou à cens.

Cela a lieu lorsque l'héritage n'est chargé d'aucuns droits et devoirs seigneuriaux que de ceux qui sont réglés par la coutume du lieu, soit pour les fiefs, soit pour les censives.

Mais si par des titres particuliers l'héritage est chargé de droits plus forts que ceux réglés par les coutumes et usités

dans la province, quoique ces droits soient seigneuriaux, ils doivent être déclarés par le contrat de vente; faute de quoi il y a recours de garantie contre le vendeur, tant pour ce que l'héritage vaut de moins par rapport à cette charge insolite, que pour ce que l'acheteur a payé de plus que les profits ordinaires; car l'acheteur n'a pu prévoir ces droits insolites, quoique seigneuriaux.

198. Si les droits seigneuriaux dont l'héritage est chargé sont des droits autorisés par la coutume du lieu où ils sont situés, qui en fait une mention expresse; quoiqu'ils ne soient pas ceux qui y ont lieu de droit commun, mais des droits pour lesquels la coutume exige que les seigneurs aient des titres particuliers pour les prétendre, tel qu'est, dans la coutume de Dunois, le droit de *quint* et *requint* en cas de vente de fiefs; je pense que le défaut de déclaration de ces droits ne donne pas lieu à la garantie, lorsqu'il ne paroît pas de dissimulation affectée, et que le vendeur peut n'en avoir pas eu de connoissance; car ces droits étant connus, et la coutume en faisant mention, quoiqu'ils ne soient pas ceux qui ont lieu de droit commun, l'acheteur ne peut pas dire qu'il n'a pu les prévoir; et en achetant à la charge expresse, ou toujours sous-entendue, des droits seigneuriaux, sans explication de leur qualité, il s'est soumis aux droits seigneuriaux tels et de la qualité qu'ils se trouvoient être. C'est l'avis de M. R***.

199. Il nous reste à observer que l'acheteur n'est tenu de ces charges, qui sont de droit commun, que pour l'avenir. Il doit être indemnisé par le vendeur de tout ce qui est échu jusqu'à ce qu'il soit entré en jouissance: il doit pareillement l'être de tous les anciens profits seigneuriaux qui seroient dus avant son acquisition.

200. Une seconde espèce de charges réelles que l'acheteur est censé n'avoir pu ignorer, et pour lesquelles en conséquence il ne peut prétendre aucune garantie, quoiqu'elles n'aient pas été expressément déclarées par le contrat, ce sont les servitudes visibles, telles que sont celles de vue et d'égout. L'acheteur n'a pu les ignorer, puisqu'en

visitant la maison avant que de l'acheter, il a dû voir les fenêtres et les égouts.

201. Doit-on comprendre parmi les droits que l'acheteur n'a pu ignorer, et qu'il n'est pas besoin de déclarer expressément, un droit de champart non seigneurial? La raison de douter est, que la perception du champart étant publique et connue dans le pays, il a été facile à l'acheteur de s'informer et d'apprendre avant que d'acheter, si les terres étoient sujettes à cette charge. On peut encore tirer argument de ce que notre coutume d'Orléans, *art.* 480, décide que le champart, quoiqu'il ne soit pas seigneurial, ne se purge pas par le décret. En effet, la coutume ne décide ainsi que parceque l'adjudicataire n'a pas dû ignorer ce droit dont la perception est publique.

Nonobstant ces raisons, on doit décider que le vendeur est garant du champart qu'il n'a pas déclaré. Il y a une grande différence entre le champart et les servitudes visibles. Un acheteur n'achète pas une maison sans la visiter, par lui ou par quelqu'un de sa part, et par conséquent sans s'apercevoir des servitudes visibles: mais on ne peut être instruit de la charge du champart qu'en s'en informant, et on peut négliger de s'en informer, ou être trompé dans les informations qu'on en fait. Quant à l'argument tiré de notre coutume d'Orléans, la réponse est, que cette disposition, qui est particulière à la coutume d'Orléans, est un droit singulier qui ne doit pas par conséquent être étendu à d'autres cas. D'ailleurs il n'y a pas parité de raison. Si notre coutume a voulu que le droit de champart, quoique non seigneurial, ne fût pas purgé par le décret, c'est que la cause du propriétaire de ce droit, *qui certat de damno vitando*, est favorable. On ne peut lui reprocher tout au plus que la négligence de ne s'être pas opposé au décret, qu'on ignore souvent. Au contraire la cause du vendeur qui n'a pas déclaré le droit de champart dont est chargé l'héritage qu'il vendoit, n'est rien moins que favorable: une pareille réticence est toujours suspecte.

Si le champart est le droit seigneurial dont l'héritage

est chargé, et que ce droit seigneurial soit reconnu et autorisé par la coutume du lieu, le défaut de déclaration de ce droit paroît ne pas devoir donner lieu à la garantie, suivant les principes établis *suprà*, *n.* 195.

§. II. De l'effet de la garantie des charges réelles.

202. L'effet de cette garantie est, que lorsque quelqu'un prétend sur l'héritage quelque droit réel dont l'acheteur n'a pas été chargé par le contrat de vente, l'acheteur, assigné pour reconnoître ou pour souffrir ce droit, peut assigner en garantie le vendeur ou ses héritiers, pour qu'ils aient à le défendre de cette demande, et prendre son fait et cause.

Cette action est une branche de l'action personnelle *ex empto*, de même que l'action de garantie en cas d'éviction; et tout ce que nous avons dit dans la section précédente, de l'obligation de défendre l'acheteur des demandes en éviction, reçoit application à l'égard de l'obligation de le défendre des demandes pour raison des droits réels prétendus sur l'héritage, lorsqu'il n'en a pas été chargé.

Faute par le vendeur de défendre l'acheteur, cette action de garantie se résout et se termine à une diminution sur le prix que le vendeur est condamné de faire à l'acheteur, laquelle doit être de ce que des experts estimeront que la chose auroit dû être vendue de moins. Si la chose étoit si onéreuse que vraisemblablement l'acheteur n'eût pas acheté la chose, supposé qu'il eût connu cette charge (ce qui doit être laissé à l'arbitrage du juge), le vendeur en ce cas pourroit être condamné, sur la demande de l'acheteur, à reprendre la chose: c'est ce qui s'appelle action rédhibitoire, dont nous aurons occasion de parler plus amplement dans la section suivante.

Lorsque la charge réelle est rachetable à prix d'argent, telles que sont quelquefois des rentes foncières, l'acheteur peut faire condamner le vendeur à fournir les deniers nécessaires pour le rachat.

SECTION IV.

De la garantie des vices rédhibitoires.

203. Le vendeur, par la nature du contrat de vente, est tenu de garantir l'acheteur, que la chose vendue est exempte de certains vices qui sont de nature à rendre ou presque inutile, ou même quelquefois nuisible, l'usage pour lequel cette chose est dans le commerce.

Cette obligation est une suite de celle que contracte le vendeur de faire avoir à l'acheteur la chose vendue : car s'obliger *à faire avoir la chose*, dans l'intention des parties, est s'obliger à la faire avoir utilement, puisqu'en vain l'acheteur a utilement une chose qui ne peut lui être d'aucun usage.

Ces vices que le vendeur est tenu de garantir, se nomment *rédhibitoires*, parceque l'action qui naît de cette garantie est une action *rédhibitoire*, c'est-à-dire une action pour laquelle l'acheteur conclut contre le vendeur, à ce qu'il soit tenu de reprendre la chose vendue, et de lui rendre le prix : *redhibere est reddere*, l. 21, ff. *de Ædil. edic.*

Sur la matière de cette garantie, nous verrons, 1° à l'égard de quelles choses le vendeur est tenu de cette garantie; 2° quels vices y donnent lieu, et en quels cas; 3° à quoi s'étend l'obligation de la garantie des vices rédhibitoires. 4° Nous traiterons de l'action rédhibitoire qui naît de cette garantie; 5° de l'action *quantò minoris*, qui en naît pareillement.

ARTICLE PREMIER.

A l'égard de quelles choses le vendeur est-il tenu de cette garantie?

204. Le vendeur est tenu de cette garantie, non seulement à l'égard de la chose qui fait le principal objet de la vente, mais aussi à l'égard de celles qui sont comprises dans le contrat de vente, comme choses accessoires, pour-

vu qu'elles y soient spécialement comprises, *tanquam res singulæ*, et non sous une universalité. C'est ce qui résulte de la loi 33, ff. *de Ædil. ed. Quod in venditione accessurum dictum est, tam integrum præstetur, quàm præstari debuit quod principaliter venit.... Sed hoc ita si certum corpus accessurum fuerit dictum; nam si servus cum peculio venierit, ea mancipia quæ in peculio fuerint sana esse præstare venditor non debet.... idem probat et si fundus cum instrumento venierit, etc.*

Suivant ces principes, si je vous ai vendu une métairie avec tant de chevaux qui y sont, tant de vaches, et telles et telles choses qui s'y trouvent, je serai tenu envers vous à la garantie, s'il se trouve quelque vice rédhibitoire dans quelqu'un desdits chevaux, desdites vaches ou autres choses : car quoiqu'elles ne soient vendues que comme choses accessoires à la métairie, qui fait le principal objet de la vente, elles y sont néanmoins spécialement comprises, *tanquam certæ et singulæ res.* Au contraire, s'il est dit par le contrat que je vous vends la métairie avec les bestiaux et autres meubles qui s'y trouvent, je ne serai tenu à aucune garantie de vices rédhibitoires qui se trouveroient dans quelqu'un des chevaux ou vaches qui se sont trouvés dans cette métairie ; car je ne vous ai vendu que l'universalité des meubles et effets qui se trouvoient dans la métairie; je n'en ai vendu aucun en particulier.

ARTICLE II.

Quels vices donnent lieu à la garantie, et en quels cas.

205. Pour qu'un vice de la chose vendue donne lieu à la garantie, il faut le concours de quatre choses : 1° que le vice soit du nombre de ceux qui, selon l'usage des lieux, passent pour rédhibitoires; 2° qu'il n'ait pas été connu à l'acheteur; 3° qu'il n'ait pas été excepté de l'obligation de garantie par une clause particulière du contrat; 4° qu'il existe au temps du contrat.

§. I. Première condition.

206. Pour qu'un vice donne lieu à la garantie, il faut, en premier lieu, qu'il soit du nombre de ceux qui, selon l'usage des lieux, passent pour rédhibitoires.

Par exemple, c'est un usage que la pousse, la morve et la courbature passent pour vices rédhibitoires à l'égard des chevaux. La coutume de Bourbonnois, *art.* 87, en a une disposition. La pommelière, à l'égard des vaches, est aussi un vice rédhibitoire.

Certaines maladies épidémiques et contagieuses qui, dans certains temps, régnent sur les animaux, sont un vice rédhibitoire à l'égard de ceux qui en sont malades.

207. C'est un vice rédhibitoire pour une poutre lorsqu'elle est pourrie, et par conséquent hors d'état de servir; pour des tonneaux, lorsqu'ils sont fûtés, c'est-à-dire, lorsqu'il s'y trouve quelque douve d'un bois qui communique une mauvaise odeur au vin qu'on met dedans.

C'est un vice rédhibitoire à l'égard des étoffes neuves, lorsqu'elles sont tarées, c'est-à-dire, lorsqu'elles ont certaines défectuosités exprimées par les réglements faits pour le commerce. Des trous dans une étoffe sont un vice rédhibitoire. *Arrêt du* 18 *janvier* 1719, *au* 7e *tome du journal.*

Ulpien, en la loi 49, ff. *de Ædil. ed.*, rapporte pour un vice rédhibitoire d'un héritage, lorsqu'il est dans un air empesté; *si pestilens fundus.* Dioclétien, en la loi 4, *Cod. de Ædil. ed.*, rapporte celui-ci: si c'est un pâturage qui produise des herbes empoisonnées, *si pestibilis*, *id est pestibiles herbas vel lethiferas habens.*

208. On ne répute pas vices rédhibitoires ceux qui, quoique considérables, peuvent facilement s'apercevoir. Par exemple, ce n'est pas un vice rédhibitoire pour un cheval, s'il est boiteux, s'il est aveugle, etc.; ni pour une maison, si elle tombe en ruine; parceque ces vices pouvant facilement se connoître, l'acheteur est présumé en avoir eu connoissance, et avoir bien voulu acheter la chose

avec ce vice, et par conséquent n'avoir souffert aucun tort; *nam volenti non fit injuria.* Et quand même il ne l'auroit pas connu, il ne seroit pas encore recevable à se plaindre du tort qu'il souffre de ce contrat; car c'est par sa faute qu'il le souffre : il ne tenoit qu'à lui d'examiner la chose avant que de l'acheter, ou de la faire examiner par quelqu'un, s'il ne s'y connoissoit pas lui-même. Or, un tort qu'une personne souffre par sa faute n'est pas un tort auquel les lois doivent subvenir, les lois n'étant pas faites pour entretenir la négligence : *Damnum quod quis culpâ suâ non sentit, non videtur sentire.*

209. Telles sont les règles du for extérieur. Mais dans celui de la conscience, tout vice considérable qui auroit empêché l'acheteur d'acheter s'il l'eût su, doit passer pour rédhibitoire, le vendeur ne devant pas profiter du peu de soin qu'a eu l'acheteur à examiner la chose qu'on lui vendoit.

§. II. Seconde condition.

210. Il faut, en second lieu, pour qu'il y ait lieu à la garantie, que le vice rédhibitoire n'ait pas été connu de l'acheteur lors du contrat. Si on peut justifier qu'il en a eu connoissance, il n'est pas recevable dans la demande en garantie; l. 48, §. 4, ff. *de Ædil. ed.*

Cela a lieu lorsque les parties ne se sont pas expliquées sur la garantie. Mais si l'acheteur, quoiqu'il eût connoissance du vice, en a stipulé expressément la garantie, il sera reçu dans sa demande : le vendeur qui s'est soumis expressément à cette garantie, ne sera pas recevable à exciper de la connoissance qu'il prétend que l'acheteur en a eue. C'est la décision de la loi 4, §. 5, ff. *de dol. et met. except.*

Néanmoins s'il paroît que c'est l'acheteur qui, en dissimulant la connoissance qu'il avoit du vice, au vendeur qui l'ignoroit, a induit le vendeur en erreur; en ce cas le vendeur seroit fondé à exclure l'acheteur de sa demande, par l'exception de dol.

§. III. Troisième condition.

211. Il faut, en troisième lieu, que le vice n'ait pas été, par une clause particulière, excepté de bonne foi de l'obligation de garantie. Le vice est excepté de bonne foi, lorsque le vendeur, qui ne connoît pas la chose qu'il vend, dans la crainte qu'elle n'ait un certain vice dont il n'a pas néanmoins connoissance, a stipulé qu'il ne garantit pas ce vice. En ce cas la clause doit être exécutée, et l'acheteur n'a aucun recours contre le vendeur pour ce vice, si la chose vendue s'en trouve entachée. Mais si le vendeur a, lors du contrat, une pleine connoissance de ce vice, et qu'au lieu de le déclarer, il stipule qu'il ne garantit pas ce vice; cette dissimulation du vendeur est un dol qui le rend sujet à la garantie, nonobstant la clause; l. 14, §. 9, ff. *de Ædil.*

§. IV. Quatrième condition.

212. Il faut, en quatrième lieu, que le vice qui donne lieu à cette garantie ait existé dès le temps du contrat: car s'il n'est survenu que depuis, la chose étant devenue, par le contrat, aux risques de l'acheteur, ainsi que nous le verrons plus particulièrement ci-après, *Part.* 4, le vendeur n'en peut être tenu; l. 54, ff. *de Ædil. e.*

ARTICLE III.

A quoi s'étend l'obligation de la garantie des vices rédhibitoires.

213. Il faut à cet égard distinguer le cas auquel le vendeur ignoroit le vice rédhibitoire, et le cas auquel il en avoit connoissance. Dans le premier cas, la garantie ne s'étend ordinairement qu'à la chose vendue. Le vendeur est obligé de rendre à l'acheteur le prix qu'il lui en a coûté pour l'avoir, et il n'est pas obligé à la réparation du dommage que le vice de la chose vendue a causé à l'acheteur dans ses autres biens. Dans le second cas, lorsque le vendeur avoit connoissance du vice, il est en outre tenu de tous les dom-

mages et intérêts que ce vice, dont il n'a pas averti l'acheteur, a causés à celui-ci dans ses autres biens; car cette réticence du vendeur est un dol qu'il a commis envers l'acheteur, qui l'oblige à la réparation de tout le tort qui en résulte.

Le vendeur, quoiqu'il n'ait pas eu une connoissance formelle du vice de la chose vendue, est à cet égard réputé comme s'il l'avoit eue, lorsque, ayant un légitime motif de soupçonner ce vice, il n'en a rien dit à l'acheteur: car cette réticence est un dol. Par exemple, s'il a vendu quelque animal qu'il savoit venir du pays où régnoit une maladie contagieuse; quoiqu'il n'ait pas eu une connoissance formelle que cet animal fût effectivement attaqué de cette maladie, il doit être également puni comme s'il en avoit eu connoissance, et par conséquent tenu envers l'acheteur de tous les dommages et intérêts que lui a causés cet animal, en communiquant à d'autres la contagion dont il étoit infecté. Car c'est un dol d'avoir caché à l'acheteur que l'animal venoit du pays ou régnoit la maladie.

214. Il y a un cas auquel le vendeur, quand même il auroit ignoré absolument le vice de la chose vendue, est néanmoins tenu de la réparation du tort que ce vice a causé à l'acheteur dans ses autres biens; c'est le cas auquel le vendeur est un ouvrier, ou un marchand qui vend des ouvrages de son art, ou du commerce dont il fait profession. Cet ouvrier ou ce marchand est tenu de la réparation de tout le dommage que l'acheteur a souffert par le vice de la chose vendue, en s'en servant à l'usage auquel elle est destinée, quand même cet ouvrier ou ce marchand prétendroit avoir ignoré ce vice. Par exemple, si un tonnelier ou un marchand de tonneaux m'a vendu des tonneaux, et que par quelque défectuosité de quelqu'un de ces tonneaux, le vin que j'y avois mis s'est perdu, il sera tenu envers moi du prix du vin que j'ai perdu. Pareillement, si le bois du tonneau, par sa mauvaise qualité, a communiqué une mauvaise odeur au vin que j'y ai mis, l'usage est en ce cas qu'il soit condamné à prendre pour son compte le vin gâté, et à

me payer au prix que vaudra celui qui n'est pas gâté. La raison est qu'un ouvrier, par la profession de son art, *spondet peritiam artis*. Il se rend envers tous ceux qui contractent avec lui, responsable de la bonté de ses ouvrages, pour l'usage auquel ils sont naturellement destinés. Son impéritie ou défaut de connoissance dans tout ce qui concerne son art, est une faute qui lui est imputée, personne ne devant professer publiquement un art, s'il n'a toutes les connoissances nécessaires pour le bien exercer : *Imperitia culpæ annumeratur;* l. 132, ff. *R. J.* Il en est de même du marchand fabricant ou non fabricant. Par la profession publique qu'il fait de son commerce, il se rend responsable de la bonté des marchandises qu'il débite, pour l'usage auquel elles sont destinées. S'il est fabricant, il ne doit employer, pour les fabriquer, que de bons ouvriers, du fait desquels il répond. S'il n'est pas fabricant, il ne doit exposer en vente que de bonnes marchandises; il doit s'y connoître, et n'en débiter que de bonnes.

215. Observez que quelque défectueuse que soit la chose qu'un ouvrier ou un marchand a vendue, si l'acheteur s'en est servi à un autre usage qu'à celui auquel elle étoit destinée, le vendeur ne sera tenu du dommage que le vice de la chose aura causé à l'acheteur, que jusqu'à concurrence de la somme à laquelle auroit pu monter au plus celui qu'il auroit pu souffrir, s'il se fût servi de la chose pour l'usage auquel elle étoit destinée : car le vendeur, par la profession publique qu'il fait de son art ou de son commerce, ne s'engage envers le public qu'à faire que ses marchandises soient propres pour l'usage auquel elles sont destinées, et il ne se soumet qu'à la réparation du dommage que peut souffrir l'acheteur en se servant de la chose à cet usage, et non plus avant. Il est néanmoins tenu du dommage au moins jusqu'à cette concurrence, quoique l'acheteur se soit servi de cette chose pour un autre usage; car s'il ne doit pas souffrir de ce que l'acheteur s'est servi de la chose pour un autre usage, il n'en doit pas non plus profiter.

Suivant ces principes, si j'ai acheté des tonneaux d'un tonnelier de Normandie, qui ne faisoit que des tonneaux propres à mettre du cidre, et que j'aie mis dans ces tonneaux du vin ou de l'eau-de-vie, qui ait été perdu, le tonnelier ne sera pas tenu envers moi du prix du vin ou de l'eau-de-vie que j'ai perdu. Mais si les tonneaux étoient défectueux de manière que le cidre qu'on y auroit mis se seroit également perdu, il sera tenu de la perte que j'ai faite du vin ou de l'eau-de-vie, jusqu'à concurrence du prix de pareille quantité de cidre. Si les tonneaux étoient suffisants pour contenir du cidre, quoiqu'ils ne le fussent pas pour contenir une liqueur plus violente, ces tonneaux qui n'étoient destinés que pour du cidre, ne peuvent pas en ce cas passer pour défectueux; c'est ma faute de m'en être servi pour un autre usage; *Molin. Tract. de eo quod interest*, *n.* 60, 61.

216. Hors ces cas d'un ouvrier ou d'un marchand, le vendeur qui n'a eu ni la connoissance, ni aucun juste soupçon du vice rédhibitoire, n'est tenu à autre chose qu'à rendre le prix à l'acheteur, qui doit lui rendre la chose, et il n'est aucunement tenu du dommage que ce vice a causé à l'acheteur dans ses autres biens. C'est pourquoi, si au lieu d'acheter mes tonneaux d'un tonnelier ou d'un marchand, je les ai achetés d'un particulier qui m'a vendu ceux qu'il avoit de trop, et que quelqu'un de ces tonneaux se trouve défectueux, il ne sera tenu envers moi qu'à la restitution du prix; mais il ne sera pas tenu de la perte de mon vin que j'ai soufferte par le vice du tonneau.

217. Dumoulin néanmoins, en son Traité *de eo quod interest*, *n.* 53, observe fort bien que ce particulier devra au moins me céder ses droits et actions, s'il en a contre le tonnelier ou le marchand de qui il a acheté les tonneaux défectueux qu'il m'a vendus, afin que je les exerce en son lieu pour mon compte et à mes risques; car la vente qu'il m'en a faite ne doit pas profiter au tonnelier qui est en faute, et le décharger de son obligation; et ce particulier qui me les a revendus est censé m'avoir cédé, avec ces

tonneaux, tous ses droits par rapport auxdits tonneaux. Mais si j'exerce les droits de mon vendeur contre le tonnelier, je ne pourrai demander à mon vendeur la restitution du prix.

ARTICLE IV.

De l'action rédhibitoire.

De la garantie des vices rédhibitoires naît l'action rédhibitoire qu'a l'acheteur contre le vendeur. Nous verrons, 1° ce que l'acheteur est en droit de demander par cette action; 2° ce qu'il doit offrir pour y être reçu; 3° nous observerons quelques différences entre le vendeur et l'acheteur, par rapport à cette action; 4° nous examinerons si le vice rédhibitoire qui se trouve dans l'une de plusieurs choses comprises dans un marché, donne lieu à la résolution du marché pour le tout, ou seulement pour cette chose; 5° nous traiterons des fins de non recevoir contre cette action.

§. I. De ce que l'acheteur est en droit de demander par cette action.

218. L'acheteur est en droit de demander, par l'action rédhibitoire, la résolution et nullité du marché, et qu'en conséquence les choses soient remises au même état que s'il n'étoit pas intervenu : *Judicium redhibitoriæ actionis utrinque, id est venditorem et emptorem, quodammodo in integrum restituere debere*; l. 23, §. 7, ff. *de Ædil. ed. Factâ redhibitione, omnia in integrum restituuntur, perinde ac si neque venditio intercesserit*; l. 60, ff. *d. tit.*

En conséquence l'acheteur a droit de demander que le vendeur soit condamné à lui rendre le prix qu'il lui a payé, même les intérêts depuis le jour du paiement qu'il en a fait, jusqu'à ce qu'il lui ait été rendu; l. 29, §. 2, ff. *d. tit.*; à moins que le juge ne jugeât à propos de les compenser avec les fruits que l'acheteur doit rendre.

Il a droit aussi de demander que le vendeur soit condamné à le rembourser de tous les frais du marché, et de

tous ceux qu'il a été obligé de faire par rapport à la chose vendue, tels que sont les frais de voiture, de barrage, de douane, etc.; non ceux qu'il auroit pu se dispenser de faire; l. 27, *d. tit.*

A l'égard des dommages et intérêts pour raison du tort que la chose vendue a causé à l'acheteur dans ses autres biens, il ne les peut prétendre que suivant les distinctions établies en l'article précédent.

219. Les frais de nourriture d'un animal ne peuvent être exigés, devant se compenser avec les services que l'acheteur a pu en tirer; l. 30, §. 1, ff. *d. tit.*

§. II. De ce que l'acheteur doit offrir pour être reçu à cette action.

220. L'acheteur, pour être reçu à cette action, doit de son côté offrir de rendre la chose, si elle existe, avec les fruits, s'il en a perçu quelques uns; à moins qu'il n'en consente la compensation avec les intérêts du prix. Il doit pareillement offrir de rendre tous les accessoires de la chose qui lui ont été livrés avec la chose.

221. Si la chose n'existe plus; si c'est sans sa faute qu'elle a cessé d'exister; comme si le cheval que j'ai acheté est mort de la maladie pour laquelle j'ai formé l'action rédhibitoire; il me suffira de rendre ce qui en reste, comme la peau. S'il m'a été vendu avec quelques accessoires, comme avec la bride, la selle, il faudra que je rende ces accessoires.

S'il ne reste rien de la chose vendue; comme lorsqu'une vache est morte de maladie contagieuse, et a été, selon les réglements de police, enterrée avec sa peau; je pourrai exercer l'action rédhibitoire sans rendre rien.

222. Si la chose vendue a cessé d'exister par la faute de l'acheteur, sera-t-il exclus de l'action rédhibitoire pour s'être mis, par sa faute, hors d'état de remplir la condition? Il résulte de la loi 31, §. 11, ff. de *Ædil. ed.*, que l'acheteur n'est pas pour cela exclus de l'action rédhibitoire, mais qu'il est seulement tenu en ce cas de faire déduction au vendeur de ce que vaudroit la chose ven-

due, en l'état qu'elle étoit, si elle n'eût pas cessé d'exister par sa faute.

Par la même raison, lorsque par sa faute il a détérioré la chose, il n'est pas pour cela exclus de l'action rédhibitoire; mais il est seulement tenu de faire raison au vendeur à qui il la rend, de ce dont elle se trouve dépréciée par sa faute; l. 24, ff. *d. tit.*

Ces décisions sont toutes conformes à l'équité; car il suffit que le vendeur soit indemnisé de la faute que l'acheteur a commise par rapport à la chose vendue: il ne doit pas en profiter et s'en enrichir, comme cela arriveroit s'il étoit par-là libéré de l'action rédhibitoire dont il est tenu.

223. Quelquefois néanmoins l'acheteur qui, par son fait, s'est mis hors d'état de rendre la chose, doit être pour cela déclaré non recevable dans l'action rédhibitoire, comme lorsqu'il a disposé de la chose, lorsqu'il l'a employée, et qu'il en a fait son profit, de la même manière qu'il eût fait si elle n'eût pas eu de vice; *Arg.* l. 47, ff. *d. tit.*

§. III. Différence entre l'acheteur et le vendeur par rapport à l'action rédhibitoire.

224. Il y a quelques différences à remarquer touchant l'action rédhibitoire, entre l'acheteur à qui cette action est déférée, et le vendeur contre qui elle est donnée.

De la part de l'acheteur elle est indivisible. C'est pourquoi si l'acheteur laisse plusieurs héritiers, l'un de ses héritiers ne peut pas l'exercer seulement pour sa part; il faut que tous l'exercent. La raison est, que le vendeur souffriroit dommage, s'il étoit obligé de reprendre seulement pour partie la chose vendue; l. 31, §. 5, ff. *de Ædil. ed.* Au contraire, cette action est divisible de la part du vendeur contre qui elle est donnée. C'est pourquoi si le vendeur laisse plusieurs héritiers, l'acheteur peut fort bien n'exercer que contre l'un d'eux l'action rédhibitoire, et ne la pas exercer contre les autres; car en cela celui des héritiers contre qui on l'exerce, et qui est condamné à reprendre la

chose pour la portion dont il est héritier, et à restituer le prix pour la même portion, ne souffre aucun préjudice; car quand même l'action s'exerceroit contre tous, il n'auroit toujours que cette portion dans la chose; *d.* l. 31, §. 10.

225. Ce que nous avons dit de plusieurs héritiers d'un acheteur a lieu aussi à l'égard de plusieurs acheteurs, lorsque la chose leur a été vendue *sub specie unitatis*, quoiqu'ils ne se soient pas obligés solidairement au paiement du prix; car en ce cas il n'y a qu'un contrat de vente d'une seule chose, et par conséquent l'action rédhibitoire ne peut être exercée que par tous les acheteurs. Il n'en est pas de même lorsque plusieurs ont acheté une chose, chacun pour une certaine portion. Il y a autant de contrats de vente qu'il y a d'acheteurs qui ont acheté chacun une part; et par conséquent chacun d'eux peut exercer l'action rédhibitoire séparément pour la part qu'il a achetée : le vendeur ne peut se plaindre, et il doit s'imputer de leur avoir vendu par portions; *d.* §. 10.

226. Il y a encore une autre différence entre le vendeur et l'acheteur, touchant l'action rédhibitoire. Le vendeur est obligé précisément, et peut être contraint à la restitution du prix : l'acheteur n'est pas obligé précisément à la restitution de la chose vendue. S'il ne la restitue pas, le vendeur ne peut pas l'y contraindre; il peut seulement obtenir d'être déchargé de la restitution du prix; l. 29, ff. *Ædil. ed.*

§. IV. Le vice rédhibitoire de l'une de plusieurs choses comprises dans un marché donne-t-il lieu à la résolution du marché pour le tout, ou seulement pour cette chose?

227. Cette question se décide par des distinctions. Si la chose qui a le vice rédhibitoire a été seule l'objet principal de la vente, et que les autres n'aient été vendues que comme les accessoires, la rédhibition de la chose principale entraînera celle de toutes les choses accessoires. Par exemple, si un cheval a été vendu avec tout son équipage, la rédhibition du cheval entraîne celle de l'équipage; le

vendeur peut être forcé à reprendre le tout; *et vice versâ*, l'acheteur ne peut pas exercer l'action rédhibitoire pour le cheval, qu'il ne rende tout l'équipage avec le cheval.

Contrà, si la chose principale n'étoit pas dans le cas de rédhibition, mais seulement quelqu'une des choses accessoires; comme si on avoit vendu une métairie avec les chevaux qui y étoient, et qu'un de ces chevaux eût un vice rédhibitoire; la rédhibition n'auroit lieu que pour ce cheval, et l'acheteur, en offrant de le rendre, obtiendroit la restitution du prix de ce cheval.

228. Quand les choses vendues sont également principales, il faut examiner si elles ont été vendues comme faisant ensemble un tout, et comme étant telles, que l'une n'auroit pas été vendue sans l'autre; comme lorsqu'on a vendu deux chevaux de carrosse, une couple de bœufs, etc.; en ce cas le vice rédhibitoire de l'une de ces choses donne lieu à la rédhibition de tout ce qui a été vendu, et l'action rédhibitoire ne peut en ce cas s'exercer pour partie.

Mais si les choses qui ont été vendues étoient indépendantes les unes des autres, l'action rédhibitoire n'aura lieu que pour celle qui a un vice, quand même toutes auroient été vendues pour un même prix; car encore que cette circonstance, jointe à d'autres, serve à faire présumer que les choses n'auroient pas été vendues l'une sans l'autre, elle n'est pas néanmoins seule décisive. C'est pourquoi l'action rédhibitoire pourra avoir lieu pour cette seule chose, et le vendeur sera tenu de restituer le prix de cette chose, suivant la ventilation qui en sera faite sur le total du prix. C'est la doctrine de la loi 38, §. *fin.*, *etc.* et de plusieurs autres; *Voyez in Pand. Justin. tit. de Ædil. ed. n.* 63 *et* 64.

229. Au contraire, quoique la séparation des prix soit une forte présomption que les choses ont été vendues indépendamment les unes des autres, néanmoins cette circonstance n'est pas toujours décisive, et la présomption qui en résulte doit céder à une plus forte qui résulte de la

qualité des choses vendues ; comme dans le cas ci-dessus rapporté de la vente d'un attelage de chevaux pareils. Quand la vente auroit été faite à tel prix pour chaque cheval, l'action rédhibitoire ne pourra avoir lieu que pour le tout : c'est la décision de la loi 34, §. 1, ff. *Ædil. ed.*

§. V. Des fins de non recevoir contre l'action rédhibitoire.

230. Il y a deux fins de non recevoir contre l'action rédhibitoire; l'une résulte de la convention, l'autre du laps de temps.

Lorsque par le contrat de vente il a été convenu que le vendeur ne seroit point garant d'aucuns vices de la chose, ou bien qu'il ne seroit point garant d'un tel vice, cette convention opère une fin de non recevoir contre l'action rédhibitoire.

231. Si néanmoins l'acheteur pouvoit justifier que le vendeur, lors du contrat, n'avoit pas un simple doute sur ces vices, mais en avoit une parfaite connoissance; comme en ce cas le vendeur auroit été coupable de mauvaise foi de les avoir dissimulés, l'acheteur seroit recevable, nonobstant la convention, à former l'action rédhibitoire; car si on lui opposoit l'exception résultante de la convention, *exceptionem pacti*, il détruiroit cette exception en opposant à son tour la réplication de dol, *replicationem doli.* C'est la décision de la loi 14, §. 9, ff. *de Ædil. ed.*

232. Il résulte une fin de non recevoir contre l'action rédhibitoire du laps de temps que l'acheteur a laissé écouler sans l'intenter.

Par le droit romain, l'acheteur avoit six mois utiles pour intenter cette action. L'usage des différentes provinces accorde un temps beaucoup plus court. Il faut suivre à cet égard celui du lieu où le contrat s'est passé. Suivant l'usage de ce pays-ci, on n'admet plus l'action rédhibitoire pour les vices des chevaux et des vaches, après quarante jours depuis la tradition. Mornac, *ad* l. 19, §. *fin.* ff. *de Ædil. ed.*, atteste que de son temps elle se prescrivoit par le laps de neuf jours. La coutume du Bourbonnois, *art.* 87, la borne

à huit jours. L'action rédhibitoire pour les tonneaux fûtés est aussi bornée à un certain temps qui n'est pas bien certain : il y en a qui prétendent qu'elle ne doit plus être admise après la Saint-André.

ARTICLE V.

De l'action *quantò minoris*.

233. Les vices rédhibitoires ne donnent pas seulement lieu à l'action rédhibitoire; ils donnent aussi lieu à l'action qui est appelée en droit *æstimatoria*, ou *quantò minoris*, et l'acheteur a le choix de l'une ou de l'autre. Cette action *quantò minoris* consiste à demander contre le vendeur, qu'il fasse diminution sur le prix, de ce qu'on estimera que la chose, par rapport à ce vice, vaut de moins qu'elle n'a été vendue.

Cette action *quantò minoris*, pour raison des vices rédhibitoires, a lieu dans les mêmes cas où l'action rédhibitoire a lieu. Les mêmes fins de non recevoir qui excluent l'action rédhibitoire excluent aussi celle-ci. Cependant par le droit romain, l'action *quantò minoris* étoit de plus longue durée, et ne se prescrivoit que par un an; mais parmi nous l'action *quantò minoris*, pour raison des vices rédhibitoires, se prescrit par le même temps que l'action rédhibitoire; *Mornac, au lieu ci-dessus cité.*

CHAPITRE II.

Des engagements du vendeur, qui résultent de la bonne foi.

Nous examinerons, 1° si la bonne foi oblige le vendeur, au moins dans le for de la conscience, non seulement à n'user d'aucun mensonge, mais même d'aucune réticence sur tout ce qui concerne la chose vendue, et à quoi la réticence l'oblige; 2° quelle réticence oblige le vendeur dans le for extérieur, et à quoi; 3° si le vendeur est obligé, au

moins dans le for de la conscience, de ne rien dissimuler, même des circonstances extrinsèques que l'acheteur a intérêt de savoir; 4° si le vendeur peut, dans le for de la conscience, vendre quelquefois au-delà du juste prix.

ARTICLE PREMIER.

Si la bonne foi oblige le vendeur, au moins dans le for de la conscience, à n'user non seulement d'aucun mensonge, mais même d'aucune réticence sur tout ce qui concerne la chose vendue ; et à quoi la réticence l'oblige.

234. Quoique, dans plusieurs affaires de la société civile, les régles de la bonne foi se bornent à nous défendre de mentir, et nous permettent de ne pas découvrir aux autres ce qu'ils auroient intérêt de savoir, lorsque nous avons un égal intérêt de ne le leur pas découvrir; néanmoins dans les contrats intéressés, du nombre desquels est le contrat de vente, la bonne foi ne défend pas seulement tout mensonge, mais toute réticence de tout ce que celui avec qui nous contractons a intérêt de savoir touchant la chose qui fait l'objet du contrat.

La raison est que la justice et l'équité, dans ces contrats, consistent dans l'égalité. Tout ce qui tend à lablesser est donc contraire à l'équité. Il est évident que toute réticence de la part d'un des contractants, de tout ce que l'autre auroit intérêt de savoir touchant la chose qui fait l'objet du contrat, blesse cette égalité : car dès que l'un a plus de connoissance que l'autre touchant cette chose, il a plus d'avantage que l'autre à contracter: il sait mieux ce qu'il fait que l'autre, et par conséquent l'égalité ne se trouve plus dans le contrat.

En faisant l'application de ces principes au contrat de vente, il s'ensuit que le vendeur est obligé de déclarer tout ce qu'il sait touchant la chose vendue à l'acheteur, qui a intérêt de le savoir, et qu'il péche contre la bonne foi qui doit régner dans ce contrat, lorsqu'il lui en dissimule quelque chose.

C'est ce qu'enseigne Florentinus en la loi 43, §. 2, ff. *de contr. empt. Dolum malum à se abesse præstare venditor debet, qui non tantùm in eo est qui fallendi causâ obscurè loquitur, sed etiam qui insidiosè obscurè dissimulat.*

235. Suivant ces principes, un vendeur est obligé de ne rien dissimuler des défauts de la chose qu'il vend, qui sont à sa connoissance, quoique ces défauts ne soient pas des vices rédhibitoires, mais des défauts dont l'acheteur n'auroit pas été reçu à se plaindre, si le vendeur, qui ne les a pas déclarés, les eût ignorés. *Quùm ex XII tabulis*, dit Cicéron, l. 3, *t. de Off.*, *satìs esset cautum ea præstare quæ essent linguâ nuncupatâ, à jurisconsultis etiam reticentiæ pœna est constituta; quicquid enim inest prædio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, præstare oportere.* Le vendeur est tenu en ce cas *in id quanti* (*emptoris*) *intererit scisse;* l. 4, ff. *de act. empt.;* et même cette réticence peut quelquefois donner lieu à la rescision du contrat; l. 11, §. 5, ff. *dict. tit.*

236. Cette décision doit avoir lieu, quoique le vendeur qui a caché le défaut de la chose ne l'ait pas vendue au-delà de ce qu'elle vaut avec ce défaut. La raison est, que celui qui me vend une chose n'a pas droit d'exiger de moi le prix qu'elle vaut au plus cher, si je ne consens pas de l'acheter pour ce prix : il n'a droit d'exiger de moi que le prix pour lequel j'ai bien voulu l'acheter, et il ne doit pas user d'artifice pour me faire consentir à l'acheter plus que je n'aurois voulu l'acheter, si j'eusse su le défaut qu'il m'a malicieusement caché.

237. La bonne foi oblige le vendeur, non seulement à ne rien dissimuler des vices intrinsèques de la chose, mais en général à ne rien dissimuler de tout ce qui concerne la chose, qui pourroit porter l'acheteur à ne pas acheter, ou à ne pas acheter si cher. Par exemple, l'acheteur a action si on lui a caché un mauvais voisinage de l'héritage qu'on lui a vendu, qui l'eût empêché de l'acheter s'il en eût eu connoissance : *Si quis in vendendo prædio confinem celave-*

rit, quem emptor, si audisset, empturus non esset, teneri venditorem; l. 15, §. 8, ff. *de contr. empt.*

238. Ces principes des jurisconsultes romains sont plus exacts et plus conformes à la justice que la décision de S. Thomas, qui permet au vendeur de dissimuler le vice de la chose, si ce n'est en deux cas, 1° si ce vice étoit de nature à pouvoir causer quelque dommage à l'acheteur; 2° s'il profitoit de cette dissimulation pour vendre la chose plus qu'elle ne vaut. C'est ce qu'il décide, 11, 2, 77, *art.* 3. Cette décision se trouve encore en ces questions quodlibétiques, 11, 10. *Si vitium*, dit-il, *non faciat rem minùs valere quàm pretium impositum, quia fortè venditor minus pretium imponit propter vitium, tunc non peccat tacens vitium, quia venditio non est injusta, et fortè esset sibi damnosum si vitium diceret, quia emptor vellet habere rem minori pretio quàm valeret.* Cette décision de S. Thomas ne me paroît pas juste. De même que le vendeur est parfaitement libre de vendre ou de ne pas vendre, il doit laisser à l'acheteur une parfaite liberté d'acheter ou de ne pas acheter, même pour le juste prix, si ce prix ne convient pas à l'acheteur. C'est donc une injustice que de tendre un piége à cette liberté dont l'acheteur doit jouir, en lui cachant un vice de la chose, pour lui faire acheter cette chose qu'il n'eût pas voulu acheter pour le prix qu'on la lui a vendue, s'il en eût connu le vice.

ARTICLE II.

Quelle réticence oblige dans le for extérieur, et à quoi.

239. Quoique ce soit par rapport au for extérieur que les jurisconsultes romains aient établi les principes que nous venons de rapporter touchant l'obligation en laquelle est le vendeur de ne rien dissimuler à l'acheteur de ce qui concerne la chose vendue, et qu'ils doivent être exactement suivis dans le for de la conscience; néanmoins on les observe peu dans nos tribunaux, et un acheteur n'y est pas facilement écouté à se plaindre qu'on lui a caché quelque vice de la chose vendue, lorsque le vice n'est pas un

vice rédhibitoire. L'intérêt du commerce ne permettant pas d'admettre facilement les parties à revenir contre les marchés qui ont été conclus, elles doivent s'imputer de ne s'être pas mieux informées des défauts que la chose vendue pouvoit avoir.

240. Il y a néanmoins certaines réticences touchant la chose vendue qui ont mérité l'attention des lois, et qui obligent le vendeur dans le for extérieur : ce sont celles par lesquelles le vendeur dissimuleroit la connoissance qu'il a que la chose qu'il vend ne lui appartient pas, ou qu'elle ne lui appartient pas irrévocablement, ou qu'elle est sujette à certaines charges, rentes ou hypothèques spéciales.

Henri II a porté une loi contre cette espèce de dol dans l'ordonnance de 1553, *art.* 15, où il est dit que les vendeurs seront tenus de déclarer les charges, rentes, hypothèques spéciales dont les héritages par eux vendus seront chargés, sur peine d'être tenus pour faux vendeurs de ce qui sera de leur fait, et dont ils auront eu connoissance, et pour ce punis des peines de droit.

Cette ordonnance paroît dire que le vendeur, en ce cas, pourroit être poursuivi criminellement comme pour crime de faux, ce qui ne se pratique pas. Toute la peine de ce dol aujourd'hui consiste en ce que l'acheteur, aussitôt qu'il aura découvert que la chose vendue n'appartenoit pas au vendeur, ou étoit chargée de quelque hypothèque spéciale ou de quelque rente foncière considérable, peut, sans attendre qu'il lui soit formé à ce sujet aucune éviction, intenter demande contre le vendeur qui en a eu connoissance et ne l'a point déclarée, pour faire rescinder le contrat de vente et conclure contre lui à ce qu'il soit condamné par corps à la restitution du prix, et en tous ses dommages et intérêts. En cela il y a deux différences entre ce vendeur de mauvaise foi et celui qui a ignoré que la chose ne lui appartenoit pas, ou qui a ignoré les charges; car ce dernier est bien tenu à la vérité, en cas d'éviction, des dommages et intérêts de l'acheteur, mais il n'y est

condamné que civilement, et non pas par corps; et en cela consiste la première différence entre ce vendeur et le vendeur de mauvaise foi. La seconde différence consiste en ce que le vendeur de bonne foi, qui a ignoré que la chose ne lui appartenoit pas, ou qui en a ignoré les charges, n'est sujet au recours de l'acheteur que du jour que l'acheteur est troublé par quelqu'un dans la libre possession de la chose vendue. Tant que l'acheteur n'est point troublé, il ne peut agir contre son vendeur, qui n'est pas obligé précisément à lui transférer la propriété de la chose vendue, mais seulement à lui en faire avoir la libre possession, *præstare emptori habere licere*, et à le garantir de tous troubles; et par conséquent le vendeur remplit son engagement tant que l'acheteur n'est point troublé, et que *habere ei licet*. Au contraire, lorsque le vendeur a eu connoissance que la chose ne lui appartenoit pas, ou en a connu les charges qu'il a dissimulées à l'acheteur; en ce cas l'acheteur peut, comme nous l'avons dit ci-dessus, former incontinent son action contre ce vendeur, parceque le dol qu'il a commis par sa dissimulation donne ouverture à cette action, *in id quanti tuâ interest non esse deceptum*; ce qui peut aller, comme nous l'avons dit, jusqu'à la rescision du contrat.

241. Observez que lorsque entre plusieurs vendeurs il y en a qui ont connu le vice de la chose, et d'autres qui ne l'ont pas connu, comme ce sont ceux qui l'ont connu qui ont seuls commis le dol, ils sont seuls tenus de cette action; et quoiqu'ils n'aient pas vendu solidairement, ils sont tenus solidairement, chacun pour le total, à la restitution du prix et aux dommages et intérêts de l'acheteur. *Molin., Tract. de div. et indiv., p.* 3, *n.* 201 *et seq.* Cela est conforme à un principe général, que le dol oblige toujours solidairement ceux qui l'ont commis. En cela le dol, comme le remarque Dumoulin, diffère de la simple faute, qui n'oblige ceux qui l'ont commise que chacun pour leur part, si ce n'est dans les obligations de choses ou de faits indivisibles, *ut in obligatione susceptæ custodiæ.*

ARTICLE III.

Si la bonne foi oblige le vendeur, au moins dans le for de la conscience, à ne rien dissimuler des circonstances extrinsèques que l'acheteur a intérêt de savoir.

242. Cicéron, en son troisième livre des Offices, a traité cette question dans l'espèce d'un marchand qui, étant arrivé à Rhodes dans un temps de disette, avant un grand nombre d'autres vaisseaux chargés de blé, expose le sien au marché. Il demande s'il est obligé de donner la connoissance aux acheteurs qu'il y a un grand nombre d'autres vaisseaux en chemin et près d'arriver. Il rapporte sur cette question les sentiments de deux philosophes stoïciens, Diogène et Antipater. Diogène pensoit que ce marchand pouvoit licitement dissimuler la connoissance qu'il avoit des vaisseaux qui étoient sur le point d'arriver, et vendre son blé au prix courant. Antipater, son disciple, dont Cicéron paroît adopter le sentiment, pensoit au contraire que cette dissimulation étoit contraire à la bonne foi. La raison sur laquelle il se fondoit est que l'union qui doit être entre les hommes, l'amour que nous devons avoir les uns pour les autres, ne nous permet point de préférer notre intérêt particulier à l'intérêt des autres particuliers : d'où il suit que, quoiqu'on puisse taire certaines choses par prudence, on ne peut pas néanmoins taire pour son profit ce que ceux avec lesquels nous contractons ont intérêt de savoir : *Hoc celandi genus*, dit-il, *non aperti, non simplicis, non ingenui, non justi, non viri boni : versuti potius, obscuri, astuti, fallacis, malitiosi, callidi, veteratoris, vafri.*

Cette question ne concerne que le for de la conscience; car il n'est pas douteux que dans le for extérieur un acheteur n'est pas écouté à se plaindre que le vendeur ne l'a pas instruit des circonstances extrinsèques à la chose vendue, quelque intérêt qu'eût l'acheteur de les savoir. La décision de Cicéron souffre beaucoup de difficulté, même

dans le for de la conscience. La plupart de ceux qui ont écrit sur le droit naturel ont regardé cette décision comme outrée.

Ces auteurs pensent que la bonne foi qui doit régner dans le contrat de vente n'oblige le vendeur à autre chose qu'à faire connoître à l'acheteur la chose qu'il lui vend pour ce qu'elle est, sans lui rien dissimuler de ses défauts, et à ne la pas vendre au-delà du prix qu'elle a lors du contrat; qu'il ne commet aucune injustice en la vendant à ce prix, quoiqu'il sache que ce prix doive de beaucoup diminuer par la suite; qu'il n'est pas obligé de faire part à l'acheteur de la connoissance qu'il a des circonstances qui doivent causer cette diminution, l'acheteur n'ayant pas plus de droit d'exiger de lui qu'il lui fasse part de cette connoissance, que d'exiger qu'il lui fasse part de son bien. S'il la lui faisoit, ce seroit un acte gratuit de bénéficence, qu'il n'est obligé d'exercer qu'envers ceux qui sont dans le besoin. Les Rhodiens n'étoient pas dans ce cas; ils ne manquoient que de blé, et ils avoient de l'argent pour acheter celui que ce marchand leur vendoit. Le profit qu'il fait, en vendant son blé au prix qu'il vaut aujourd'hui, quoiqu'il sache qu'il vaudra beaucoup moins dans peu, n'a rien d'injuste; c'est une juste récompense de la diligence qu'il a faite pour arriver le premier, et du risque qu'il a couru de perdre sur sa marchandise, si quelque accident, auquel il étoit exposé, l'eût empêché d'arriver à temps. Il n'est pas plus défendu de vendre au prix courant une marchandise sans avertir des circonstances qui la doivent faire diminuer, que de l'acheter au prix courant sans avertir des circonstances qui la doivent faire augmenter. Or on ne s'est jamais avisé d'accuser d'injustice Joseph, qui profita de la connoissance qu'il avoit des années de stérilité pour faire acheter à Pharaon la cinquième partie des blés de ses sujets au prix courant, sans les avertir de ces années de stérilité qui devoient arriver.

Nonobstant ces raisons et ces autorités, j'aurois de la peine à excuser d'injustice le profit que retireroit un ven-

deur de la réticence de quelque fait qui doit causer une diminution dans le prix, lorsque cette diminution doit être très considérable, et qu'elle doit certainement arriver au bout d'un très court intervalle de temps, telle que seroit la connoissance que ce marchand auroit eue qu'il y avoit une flotte chargée de blé prête à entrer dans peu de jours dans le port de Rhodes, ce qui devoit certainement causer une diminution considérable sur le prix du blé. Dans le contrat de vente, de même que dans tous les contrats commutatifs, l'équité veut que ce que chacune des parties donne soit l'équivalent de ce qu'elle reçoit, et que l'une des parties ne veuille pas profiter aux dépens de l'autre. Or dans l'espèce de ce marchand qui, en dissimulant la connoissance qu'il a de ce fait, vend son blé pour le prix de 100 liv. le muid, qui est aujourd'hui le prix courant, ce marchand peut-il, sans se faire illusion, se persuader que ce blé, qu'il sait ne devoir valoir dans deux jours que 20 liv., soit l'équivalent de 100 liv. qu'il reçoit? Vous direz qu'il suffit qu'au temps du contrat il vaille le prix de 100 liv. pour lequel il le vend. Je réponds : Une chose qui a, à la vérité, une valeur présente et momentanée de 100 liv., mais qu'il sait certainement devoir être réduite dans deux jours à 20 liv., peut-elle, eu égard à la connoissance qu'il a, être par lui regardée sérieusement comme véritablement équivalente à l'argent qu'il reçoit, qui vaudra toujours 100 liv.? N'est-ce pas vouloir, par cette réticence, profiter et s'enrichir aux dépens des acheteurs, que de leur faire, par cette réticence, acheter une chose sur laquelle il est certain qu'ils doivent, dans deux jours, perdre les quatre cinquièmes ?

ARTICLE IV.

Si le vendeur peut, dans le for de la conscience, vendre quelquefois au-delà du juste prix.

§. I. Règle générale, et quel est le juste prix.

243. Le juste prix des choses est le prix auquel les cho-

ses de pareille nature et bonté ont coutume de se vendre dans les lieux où elles sont situées, si ce sont des héritages, ou dans le lieu où elles sont exposées en vente, si ce sont des choses mobiliaires.

Par exemple, le juste prix d'une métairie composée de terres labourables et de prés doit se régler sur celui que se vend communément l'arpent de terre labourable, ou l'arpent de pré de pareille bonté, dans la province où cette métairie est située.

Le juste prix d'une aune d'étoffe d'une certaine qualité est celui que les étoffes de même qualité ont coutume de se vendre dans le lieu.

Comme ces choses ne se vendent pas toujours précisément pour la même somme, mais *circum circà*, plus ou moins, le juste prix de ces choses ne consiste pas dans un point fixe et indivisible, comme le prix de celles qui sont taxées par le juge de police : mais il y a une certaine étendue; on y distingue le *pretium medium*, qui est celui auquel elles se vendent le plus ordinairement; le *pretium summum* et le *pretium infimum*, qui sont ceux jusques auxquels elles se vendent au-dessus ou au-dessous du *pretium medium*.

Cette étendue de juste prix est plus ou moins grande, selon la différente nature des choses. Celui des choses dont le commerce est fréquent et journalier, telles que sont les marchandises les plus communes, a ordinairement peu d'étendue; au contraire, le juste prix des choses dont le commerce n'est pas journalier a ordinairement plus d'étendue. Le juste prix d'un genre de choses qui se ressemblent assez toutes, a ordinairement moins d'étendue que celui des choses d'un autre genre qui se différencient entre elles. Par exemple, le juste prix d'une vache d'une bonté commune a ordinairement moins d'étendue que le juste prix d'un cheval.

Il y a de certaines choses dont on ne peut guère déterminer le juste prix : telles sont certaines choses précieuses extrêmement rares : car le juste prix d'une chose, suivant

que nous l'avons dit au commencement, se réglant sur celui auquel ont coutume de se vendre celles d'une pareille nature et bonté, et auxquelles par conséquent cette chose peut être comparée, il s'ensuit que le juste prix d'une chose unique en son espèce, et incomparable, ne peut être déterminé.

Ces choses qui n'ont aucun prix déterminé peuvent se vendre au prix qu'on veut bien en donner, quel qu'il soit; on ne peut pas dire qu'elles sont vendues trop cher et au-delà de leur juste prix.

A l'égard des choses qui ont un juste prix, les parties peuvent bien se débattre du prix, pourvu qu'elles ne sortent pas de l'étendue qu'a ce juste prix. Par exemple, quand le juste prix du cheval que vous me vendez est de dix-huit à vingt pistoles, vous pouvez licitement me le vendre vingt pistoles, si je consens de vous en donner ce prix; comme je puis l'acheter licitement pour le prix de dix-huit pistoles, si vous voulez bien me le donner pour ce prix. Mais ordinairement il n'est pas permis de le vendre plus de vingt pistoles, qui est le *summum pretium*, comme il n'est pas permis de l'acheter au-dessous de dix-huit, qui est le *pretium infimum*.

Ce principe n'a lieu que dans le for de la conscience, il n'est pas suivi dans le for extérieur. Un acheteur n'y est pas ordinairement reçu à se plaindre qu'il a acheté plus cher que le juste prix, étant de l'intérêt du commerce que les parties ne soient pas facilement admises à revenir contre leur marché.

§. II. Deux cas auxquels on peut vendre au-delà du juste prix.

PREMIER CAS.

244. On peut quelquefois licitement, même dans le for de la conscience, vendre au-delà du juste prix, pour un prix qu'on appelle *prix d'affection*.

Par exemple, j'ai un héritage qui est à votre convenance, et que je n'ai pas dessein de vendre. Vous me proposez de

vous le vendre pour une somme qui est au-delà du juste prix; j'y consens. Cette vente que je vous en fais, en ce cas, pour une somme au-delà du juste prix, est licite. Ce que je reçois, en ce cas, de plus que le juste prix, je ne le reçois pas sans sujet et injustement; c'est le prix de l'affection que j'avois pour cet héritage; c'est le prix de l'intérêt que j'ai de garder mon bien, plutôt que de le vendre pour de l'argent dont je ferai peut-être un mauvais emploi. Je puis licitement recevoir le prix de l'affection que j'ai pour mon héritage, et de l'intérêt que j'ai de le garder, n'étant pas obligé de vous sacrifier cela pour rien, pour votre convenance et pour vous faire plaisir.

245. Pour que je puisse licitement recevoir quelque chose comme prix d'affection au-delà du juste prix de l'héritage que je vous vends, il faut que, lorsqu'on m'a fait la proposition, je ne fusse pas dans le dessein de le vendre. Si la situation de mes affaires m'obligeoit à le vendre, je ne puis rien recevoir au-delà du juste prix; car on ne peut dire en ce cas que ce que je reçois au-delà soit le prix de l'affection et de l'intérêt que j'avois à retenir cet héritage, puisqu'on suppose que je ne voulois pas le retenir : je ne donnerois donc rien en ce cas pour ce que je reçois au-delà du juste prix, et en ce cas l'équité qui doit régner dans le contrat de vente, de même que dans tous les autres contrats commutatifs, est blessée.

On dira peut-être : Ce que je reçois en ce cas au-delà du juste prix n'est pas reçu sans cause et pour rien; c'est le prix de la convenance, et de l'intérêt que vous avez d'acquérir cet héritage. La réponse est que, dans les contrats commutatifs, la valeur de ce que je puis licitement recevoir ne se régle que sur la valeur de ce que je donne, et non pas sur la valeur de l'intérêt qu'a l'autre partie d'acquérir ce que je lui donne, la nature de ce contrat étant que chacun reçoive le juste équivalent de ce qu'il donne. Mais, dira-t-on, je vous fais plaisir en vous vendant cette chose que vous aviez un grand intérêt d'avoir; je n'étois pas obligé de vous faire ce plaisir; j'aurois pu vendre la

chose à un autre, qui m'en auroit comme vous donné le juste prix : ne m'est-il pas permis de vous vendre un plaisir que je n'étois pas obligé de vous faire? Non; car c'est une régle de justice que nous ne pouvons exiger, pour le plaisir que nous faisons à quelqu'un, que ce qu'il nous en coûte pour le lui faire. Cette régle dérive du précepte qui nous oblige d'aimer notre prochain comme nous-mêmes. C'est en conséquence de cette régle qu'il n'est permis d'exiger aucun intérêt lucratoire pour la récompense du plaisir qu'on a fait à quelqu'un en lui prêtant de l'argent. Il ne suffit donc pas, pour que je puisse recevoir licitement quelque chose au-delà du juste prix de la chose que je vous vends, que vous ayez eu intérêt de l'acquérir, même au-delà de son juste prix; il faut que j'aie eu de mon côté intérêt de la retenir, comme dans le cas auquel j'abandonne l'affection et l'intérêt qui me portoient à la retenir.

Saint Thomas, 11, 2, *q.* 77, *a.* 1, décide cette question conformément au principe que nous avons établi. Après avoir dit : *Cariùs vendere vel viliùs emere rem quàm valeat, est secundùm se injustum et illicitum*, il ajoute : *Alio modo possumus loqui de emptione venditione, secundùm quod per accidens cedit in utilitatem unius et detrimentum alterius;* putà, *cùm aliquis multùm indiget rem habere aliquam, et alius læditur, si eâ careat : in tali casu justum pretium erit, ut non solùm respiciatur ad rem quæ venditur, sed ad damnum quod venditor ex venditione incurrit; et sic licitè poterit aliquid vendi pluris quàm valeat secundùm se, quamvìs non vendatur plus quàm valeat habenti. Si verò aliquis multùm juvetur ex re alterius quam accepit, ille verò qui vendit non damnificetur carendo re illâ; non debet eam supervendere, quia utilitas quæ ei accrescit non est ex vendente, sed ex conditione ementis; nullus autem potest vendere alteri quod non est suum, licèt possit ei vendere damnum quod patitur.*

246. Lorsque j'avois dessein de garder la chose que vous m'avez proposé de vous vendre, je puis à la vérité recevoir licitement quelque chose au-delà de son juste prix;

mais il faut pour cela, 1° que vous ayez connoissance du juste prix de cette chose, et que ce que vous me donnez de plus, vous le donniez sciemment comme le prix de l'affection et de l'intérêt que j'avois de garder cette chose dont je veux bien me départir en votre faveur. Mais si vous n'aviez pas connoissance du juste prix de la chose ; si toute la somme que vous donnez ne m'est donnée par vous que comme le juste prix de la chose en soi ; si vous n'avez d'autre intention que d'acquérir de moi la chose pour la somme que vous croyez être son juste prix, et que vous n'ayez pas intention de racheter de moi l'affection et l'intérêt que j'avois de retenir cette chose, en ce cas je reçois injustement ce que je reçois au-delà du juste prix ; car je ne puis être censé en ce cas le recevoir comme le prix de l'affection et de l'intérêt que j'avois de retenir la chose, puisque je ne puis pas recevoir de vous le prix de ce que vous n'avez pas intention d'acheter.

247. Il faut, 2° que ce que je reçois pour le prix de l'affection et de l'intérêt que j'avois de retenir la chose, ne soit pas immense et n'excède pas la somme à laquelle, dans ma conscience, j'estimerois moi-même cette affection et cet intérêt. Pour faire cette estimation, il faut que je descende dans moi-même, et que j'examine quelle est la somme dont je me serois contenté au-delà du juste prix, pour consentir à la vente de ma chose, si on n'eût voulu m'en donner que cette somme ; car en ce cas, selon mon propre jugement, cette somme est le véritable prix de l'affection et de l'intérêt que j'avois de retenir la chose, et par conséquent je ne puis licitement recevoir davantage pour le prix de cette affection et de cet intérêt.

SECOND CAS.

Le second cas auquel il est permis de vendre au-delà du juste prix, c'est lorsqu'un marchand, qui a la volonté de garder une certaine marchandise jusqu'à un certain temps auquel il a un juste sujet de croire qu'elle augmentera, consent, à la prière de quelqu'un qui en a besoin, de

la lui vendre. Il peut en ce cas stipuler licitement une somme au-delà du juste prix présent, qui soit le prix de l'intérêt qu'il a de la garder, et qu'il n'est pas obligé de sacrifier pour rien à cet acheteur. Mais il faut que cette somme n'excède pas celle à laquelle peut être apprécié l'intérêt que ce marchand a de garder sa marchandise. Cet intérêt s'estime plus ou moins, selon le plus ou moins de degrés de vraisemblance du profit qu'il espère; mais il doit toujours s'apprécier beaucoup au-dessous du profit qu'il espère : l'espérance du profit qui n'est pas encore né, n'étant jamais entièrement certaine, ni par conséquent de même valeur que le profit qui seroit déja né.

Voyez ce cas dans la Th. mor. de Grenoble, Tr. 3, *ch.* 2; *dans le Tr. de la Restitution de la Placette, p.* 542.

§. III. Peut-on vendre au-delà du juste prix ce qu'on vend à crédit?

248. Lorsque les marchandises qui se vendent à un certain terme ont, suivant le cours, un certain prix qui est plus fort que le prix de celles qui se vendent au comptant, et que celui de celles qui se vendent à un moindre terme, le marchand peut licitement suivre ces différents prix. La raison est que ce qu'il reçoit au-delà du prix au comptant, est l'indemnité du préjudice qu'il souffriroit sans cela du terme qu'il accorde; car étant obligé, à mesure qu'il débite ses marchandises, d'en acheter d'autres pour les remplacer et garnir sa boutique, lorsqu'il les vend à crédit, celles qu'il achètera pour les remplacer lui coûteront plus qu'elles ne lui coûteroient si, ayant vendu les siennes au comptant, il pouvoit les acheter au comptant : d'où il suit qu'il souffriroit un préjudice manifeste s'il ne vendoit pas plus les siennes à crédit qu'au comptant : le crédit qu'il fait ne doit pas lui être préjudiciable; *officium suum nemini debet esse damnosum.* Il peut par conséquent s'en faire indemniser en augmentant le prix des marchandises qu'il vend à crédit, à proportion de ce qu'il est obligé lui-même de les acheter de plus qu'au comptant.

249. Observez qu'il faut que ce que le vendeur vend au-delà du prix au comptant, n'excède pas le préjudice qu'il souffre du crédit qu'il accorde à l'acheteur; car il peut bien licitement s'indemniser, mais il ne doit pas profiter du crédit qu'il fait à l'acheteur, ni de l'indigence de l'acheteur. Le vendeur n'a sur-tout aucun reproche à se faire lorsqu'il est dans cette disposition de volonté. Si le marché étoit à son choix, il aimeroit mieux vendre au comptant que de faire le marché qu'il fait à crédit pour un prix plus cher que le prix du comptant; car il est visible en ce cas que ce qu'il vend de plus cher n'est pas un profit qu'il retire du crédit qu'il fait, mais une indemnité de ce qu'il en souffre.

250. Quand il est d'usage dans une province que les particuliers accordent un certain terme aux marchands, lorsqu'ils leur vendent leur bois ou le vin de leur récolte, le prix auquel ils vendent à ce terme est le juste prix, quoiqu'il soit plus cher que celui de quelques particuliers qui, ayant besoin d'argent, vendent au comptant; car ce terme étant d'usage, et le marché fait à ce terme étant un marché fait aux conditions ordinaires, le prix de ce marché est le prix commun et ordinaire, et par conséquent le juste prix. Ces particuliers ne sont point censés tirer profit du terme qu'ils accordent, leur marché étant un marché fait aux conditions ordinaires; ce sont plutôt les marchands qui achètent pour un prix moindre au comptant, qui tirent profit de l'avance et représentation qu'ils font de leur argent, et ce profit n'est juste que jusqu'à concurrence de ce qu'ils souffrent de l'avance qu'ils font du prix avant le terme ordinaire.

§. IV. Si dans le for extérieur l'acheteur peut quelquefois se plaindre de l'excès du prix.

Nous traitons cette question dans la partie V, et nous y renvoyons.

CHAPITRE III.

Des obligations du vendeur, résultantes des clauses particulières du contrat.

Ce qui est exprimé par le contrat touchant la quantité, la qualité de la chose vendue, le temps et le lieu de la tradition, forme des engagements dans la personne du vendeur.

Nous avons déja parlé, dans la première partie, du temps et du lieu; il nous reste à traiter des clauses qui concernent la quantité et la qualité de la chose vendue. Nous traiterons aussi de l'engagement que contracte le vendeur dans les ventes à l'essai, et de la clause qu'il sera fait emploi du prix.

ARTICLE PREMIER.

De la quantité de la chose vendue.

251. Lorsque la chose vendue se trouve d'une moindre contenance que celle exprimée par le contrat, le vendeur est obligé envers l'acheteur de lui faire raison de ce défaut de contenance, comme si, par exemple, en vendant une métairie on a exprimé qu'elle étoit de trois cents arpents de terres labourables, et qu'il ne s'en trouve que deux cent cinquante; si l'on a vendu une cuve comme étant de la contenance de quinze pièces de vin, et qu'elle n'en contienne que douze.

252. Pour connoître si le vendeur a rempli à cet égard ses engagements, il faut savoir ce qui doit être compris dans la contenance exprimée par le contrat : il faut tenir pour régle qu'on ne doit comprendre dans la contenance que ce qui fait partie de la chose vendue, à moins qu'on ne soit convenu du contraire. C'est pourquoi, si l'on m'a vendu un champ qu'on a déclaré être de dix arpents, et que ce champ soit traversé par un chemin public, quoique

le chemin soit renfermé dans le champ, néanmoins il ne doit point être compté dans le mesurage du champ, et le champ doit contenir les dix arpents, non compris le chemin, à moins qu'il ne fût dit expressément que le champ contenoit dix arpents, y compris le chemin; car ce chemin étant public, ne fait point partie de la chose vendue; l. 51, ff. *de contr. empt.;* l. 7, §. 1, *de per. rei vend.*

253. Lorsqu'on vend une maison et cinq arpents de vignes en dépendants, on doit comprendre dans les cinq arpents les haies et fossés : car ce qui sert à la clôture de l'héritage fait partie de ce qui est vendu, et par conséquent doit être compris, à moins qu'il ne fût dit expressément qu'il y avoit cinq arpents, non compris les haies et les fossés : *Quod venditur in modum cedit, nisi id actum est ne cederet;* d. l. §. 1.

254. En déclarant la contenance d'un héritage on ajoute quelquefois ces termes, *ou environ;* par exemple, cinq arpents de vignes *ou environ*, cent arpents de bois *ou environ*, etc.

Le sens de ces termes est que le vendeur ne sera pas tenu du défaut de contenance, lorsque ce défaut sera peu considérable; par exemple, si sur cinq arpents de vignes il ne manque que huit ou dix perches; car cinq arpents, à si peu de chose près, sont vraiment *cinq arpents ou environ.* Mais si le défaut étoit considérable, comme si sur les cinq arpents il s'en manquoit un demi-arpent, ces termes *ou environ* n'empêcheroient pas que le vendeur ne fût tenu du défaut de contenance.

255. De même que le vendeur est tenu de faire raison à l'acheteur du défaut de contenance, lorsqu'elle se trouve moindre que celle exprimée; *vice versâ*, l'acheteur sera-t-il tenu de faire raison du surplus si elle se trouve plus grande? Il faut dire que non. La raison est que le champ, par exemple, qu'on a par erreur déclaré être de dix arpents, quoiqu'il fût de onze arpents, a été vendu entier; l'intention des parties n'a pas été qu'il en fût rien excepté. La clause par laquelle le vendeur assure qu'il est de la

contenance de dix arpents, n'est qu'en faveur de l'acheteur; c'est le vendeur seul qui promet et qui s'engage. L'acheteur, par cette clause, ne contracte aucun engagement, et par conséquent ne peut être tenu de faire raison du surplus de la contenance.

Non seulement il n'en est pas tenu, mais si une petite portion du champ étoit évincée à l'acheteur, quoique ce qui lui reste eût la contenance portée par le contrat, le vendeur ne laisseroit pas d'être tenu de l'éviction de cette partie. C'est la décision de la loi 45, ff. *de evict.*, et c'est une suite du principe que nous venons d'établir. En effet, dès que la déclaration de la contenance ne contient de la part du vendeur aucune réserve, il s'ensuit que la portion qui a été évincée faisoit partie de ce qui est vendu, et que l'éviction de cette portion doit donner lieu à l'action de garantie contre le vendeur.

256. Ce que nous venons de décider, que l'acheteur n'est pas tenu de faire raison de ce qui se trouve de plus que la contenance portée au contrat, a lieu seulement dans les ventes faites *per aversionem*, c'est-à-dire dans lesquelles on est convenu d'un seul et unique prix pour tout ce qui étoit vendu, et non pas dans celles qui se font à raison de tant l'arpent, tant la mine, etc. Il est évident que dans celles-ci l'acheteur doit faire raison de ce qu'il y a de plus que la contenance portée au contrat.

257. Lorsque par un même contrat et pour un même prix on a vendu deux métairies ou deux pièces de terre d'une même métairie, avec déclaration de la contenance de chacune, le vendeur peut-il opposer à l'acheteur, en compensation de ce qui se trouve de moins dans la contenance de l'une, ce qui se trouve de plus dans la contenance de l'autre, lorsque les deux métairies et pièces de terre sont d'égale bonté; comme s'il est dit qu'elles sont chacune de cent arpents, et que l'une n'ait de contenance que quatre-vingt-dix, mais que l'autre en ait cent dix? Il sembleroit, à suivre rigoureusement le principe que nous avons établi, que le vendeur ne devroit pas être reçu à

opposer cette compensation, puisqu'on ne peut opposer, en compensation de ce qu'on doit à quelqu'un, que ce qu'il nous doit réciproquement, et que, suivant le susdit principe, l'acheteur ne doit rien au vendeur pour raison du plus de contenance dans la métairie de cent dix arpents. Néanmoins Paul, en la loi 42, ff. *de act. empt.*, décide qu'il faut préférer en ce cas l'équité à la subtilité, et dire que l'acheteur ne doit avoir aucun recours. La raison est que ces deux métairies, ces deux pièces de terre étant vendues par un même contrat et pour un même prix, et l'acheteur n'ayant intérêt que d'avoir en total la même contenance qu'il s'est attendu d'avoir, il s'ensuit que dans l'intention des parties, la contenance que le vendeur a assurée n'est pas tant celle de chacune des différentes parties qui font l'objet du contrat, qu'un total de contenance de toutes les parties qui le composent, et que l'acheteur ayant ce total, le vendeur doit être censé avoir satisfait à son obligation.

Cette décision a lieu lorsque la portion d'héritage qui a plus de contenance se trouve meilleure, ou du moins égale en bonté à celle qui en a moins. Il faudroit décider autrement si elle étoit inférieure en bonté; car en ce cas l'acheteur ayant intérêt d'avoir sa contenance dans la bonne pièce de terre plutôt que dans l'autre, on ne peut plus dire, comme dans l'espèce précédente, que l'intention des parties n'a pas tant été de lui assurer la contenance de chaque pièce, que la contenance du total qu'elles forment.

258. Les mesures étant différentes, selon les différents lieux, la contenance des héritages doit se mesurer suivant la mesure du lieu où ils sont situés. Barthole veut que ce soit plutôt suivant la mesure du lieu où le marché s'est fait. Je ne crois pas cette opinion raisonnable; car les héritages étant sujets aux lois du lieu où ils sont situés, la mesure doit se faire suivant la loi de ce lieu. L'acheteur ne peut pas prétexter qu'il ne connoissoit pas les mesures; car en allant ou en envoyant voir l'héritage avant que de

l'acheter, il a pu ou dû s'informer des mesures qui y étoient en usage. Si néanmoins il paroissoit par ce qui est dit au contrat, que les parties ont eu en vue les mesures du lieu où le marché s'est fait, il faudroit à cet égard se conformer à la convention des parties.

Les choses mobiliaires n'ayant aucune situation, il est évident que leur contenance doit se régler par la loi du lieu où s'est fait le marché, ou plutôt par celle du lieu où elles doivent être livrées.

259. L'action de l'acheteur pour le défaut de contenance consiste à obtenir contre le vendeur une diminution du prix proportionnée à ce qui manque de la contenance déclarée au contrat.

Cette diminution est facile à régler lorsqu'on a déclaré en général la contenance de toute la chose vendue. Comme si l'on a dit qu'un lot de terre est de dix arpents, et qu'il n'en contienne que neuf; il est clair que c'est le dixième du prix qu'il faut diminuer.

Mais si l'on a déclaré que dans une métairie composée de terres de différente nature, il y en a une certaine quantité en telle nature, par exemple, tant en vignes, il faudra faire une ventilation et estimer le défaut de contenance dans les vignes, à proportion de ce que les vignes sont plus précieuses que les terres d'une autre nature dont la métairie est composée.

ARTICLE II.

De la qualité de la chose vendue.

260. Lorsque la chose vendue n'est pas de la qualité exprimée par le contrat, comme par exemple s'il est dit qu'un bois est âgé de dix feuilles, et qu'il soit moins âgé, il est dû à l'acheteur des dommages et intérêts qui consistent dans une diminution du prix.

261. Quelquefois l'acheteur peut être fondé à demander la rescision du contrat, s'il paroît par les circonstances que la qualité fût telle qu'il n'auroit pas acheté s'il eût su que

la chose n'eût pas cette qualité; comme, par exemple, si l'on a déclaré qu'un héritage est en censive, et qu'il se trouve en fief, l'acheteur pourra quelquefois demander la résolution du contrat; *putà*, si cet acheteur est un père de famille qui a beaucoup d'enfants, et qui ne veut point faire d'acquisitions considérables de biens féodaux, de peur que son aîné ne se trouve avoir des avantages trop considérables en sa succession.

262. Il faut observer que les dommages et intérêts de l'acheteur, pour raison de ce que la chose vendue ne se trouve pas de la qualité exprimée par le contrat, peuvent quelquefois s'estimer différemment, selon les différentes circonstances et la qualité différente des personnes. Par exemple, lorsqu'il a été déclaré par le contrat de vente d'un héritage qu'il étoit en censive, et qu'il se trouve en fief, les dommages et intérêts doivent être plus considérables si c'est une personne sujette au droit de franc-fief qui en est acquéreur, que si c'est un gentilhomme qui n'y est pas sujet. *Vice versâ*, si l'on déclare par le contrat que l'héritage est en fief, et qu'il se trouve en censive, les dommages et intérêts résultants de ce que l'acquéreur n'a pas la liberté d'y chasser, et de ce que les profits censuels peuvent être plus considérables que les féodaux, comme dans le Dunois et le Chartrain, où il n'est dû que le rachat, s'estimeront sous la déduction des avantages que l'acheteur trouve dans la qualité censuelle de l'héritage, qui doivent venir, jusqu'à due concurrence, en compensation de ceux dont il est privé : et comme un des principaux est de n'être point sujet au franc-fief, et que ceux qui en sont exempts pour les fiefs n'y trouvent point cet avantage, il s'ensuit que les dommages et intérêts résultants de ce qu'un héritage déclaré en fief se trouve en censive, seront beaucoup plus considérables lorsque l'acquéreur est de qualité à n'être point sujet au droit de franc-fief, que s'il étoit de qualité à y être sujet.

263. Il reste à observer que le vendeur est obligé à indemniser l'acheteur, non seulement lorsqu'il a su que la

chose n'avoit pas la qualité déclarée par le contrat, mais même lorsqu'il a cru de bonne foi qu'elle avoit cette qualité. Il en est de même à l'égard de la quantité.

264. Ce que nous avons dit jusqu'à présent des qualités exprimées par le contrat, doit s'entendre des qualités certaines et déterminées. L'expression des qualités vagues ne contient aucun engagement. Par exemple, si par le contrat de vente d'une maison on la qualifie de belle maison, quelque laide qu'elle soit, l'acheteur, qui pouvoit la voir, ne pourra s'en plaindre. C'est la disposition de la loi 43, ff. *de contr. empt.*, qui porte que *Ea quæ commendandi causâ in venditionibus dicuntur, si palàm appareant, venditorem non obligant.*

ARTICLE III.

De la clause par laquelle une chose est vendue à l'essai.

265. Dans les ventes de choses dont on ne peut bien connoître la qualité que par l'essai qu'on en fait, telles que sont un cheval, une pendule, une montre, c'est une clause assez usitée qu'on la vend à l'essai, et que si l'acheteur n'en est pas content le marché ne tiendra pas.

Ulpien nous apprend que ces ventes ne sont pas conditionnelles, et que la clause qu'elles contiennent n'est que résolutoire : *Si res ita distracta sit, ut si displicuisset, inempta esset; constat non esse sub cònditione distractam, sed resolvi emptionem sub conditione;* l. 3, ff. *de contr. empt.*

Par cette clause qui est entièrement en faveur de l'acheteur, le vendeur s'engage envers l'acheteur à reprendre la chose si elle ne convient pas à l'acheteur, et à lui en rendre le prix s'il a été payé, sinon à l'en décharger.

De cette obligation naît une action auxdites fins qu'a l'acheteur contre le vendeur, laquelle est une branche de l'action *ex empto*, puisqu'elle naît d'une clause qui fait partie du contrat.

266. Lorsque par cette clause il y a un temps limité, pendant lequel l'acheteur doit avoir la chose à l'essai, il

peut pendant tout ce temps intenter cette action; mais s'il le laisse passer sans l'avoir intentée, il n'y est plus désormais recevable. Lorsque par la clause il n'y a aucun temps limité, le droit romain fixe à soixante jours le temps dans lequel l'acheteur peut demander la résolution du contrat; l. 31, §. 22, ff. *de Ædil. ed.* Parmi nous ce temps doit être laissé à l'arbitrage du juge: il doit être court.

267. L'obligation qui résulte de cette clause s'éteint lorsque la chose vient à périr; car l'acheteur ne peut plus dire que cette chose ne lui convient pas, lorsqu'elle n'est plus, ni obliger le vendeur à la reprendre. Cette clause, comme nous l'avons observé, n'étant que résolutoire, la vente faite sous cette clause est parfaite, et la chose est par conséquent devenue aux risques de l'acheteur.

Il en seroit autrement si, avant qu'il y eût eu une vente parfaite, et n'y ayant eu encore que des propositions, j'eusse donné à quelqu'un à l'essai pour un certain temps la chose que je me proposois de lui vendre. En ce cas, si elle périt, elle périt pour mon compte; et il n'en pas est responsable, s'il n'y a eu aucune faute de sa part; car n'y ayant pas encore de vente, *res perit domino*.

ARTICLE IV.

De la clause par laquelle le vendeur s'oblige à faire emploi du prix.

268. Il arrive fort souvent que lorsque vous me vendez un héritage, je stipule de vous que le prix que je vous paie sera par vous employé, ou à acquitter une certaine créance, ou en général à acquérir d'autres héritages ou rentes, à l'effet de me faire acquérir la subrogation aux priviléges de vos vendeurs ou créanciers, au paiement desquels vous emploierez mes deniers.

L'effet de l'engagement que vous contractez par cette clause, est que si vous manquez de le remplir, soit en employant à toute autre chose, ou en dissipant les deniers que je vous ai payés, soit en omettant dans les quittances

du paiement que vous ferez à votre créancier ou à celui de qui vous acquérez un héritage, les déclarations nécessaires pour me faire acquérir la subrogation, j'ai en ce cas l'action *ex empto* contre vous, aux fins que, faute par vous d'avoir satisfait à cette obligation, le contrat demeure nul, et que vous soyez condamné à me rendre le prix, et en mes dommages et intérêts résultants de l'inexécution du contrat. On doit même ordinairement vous y condamner par corps; car c'est une mauvaise foi et une espèce de stellionat de votre part, d'avoir diverti les deniers que je ne vous avois donnés que sous la foi que vous en feriez l'emploi convenu.

269. Comme l'acheteur n'a d'autre intérêt à l'accomplissement de cette clause, que d'avoir ses sûretés pour la garantie de son acquisition, le vendeur peut éviter l'effet de cette action, en procurant d'ailleurs à l'acheteur ses sûretés, et le mettant par-là hors d'intérêt. C'est pourquoi je pense qu'on doit donner au vendeur l'alternative de faire, dans un temps qui lui sera fixé, décréter à ses frais l'héritage, à l'effet de purger toutes les hypothèques et charges réelles dont il pourroit être chargé, pourvu qu'il fasse apparoir qu'il n'y a à craindre aucun droit de douaire et autre droit semblable, que le décret ne purge pas; ou que s'il y en a quelqu'un, il est peu considérable par rapport au prix de l'héritage, et que le vendeur donne des sûretés suffisantes pour en répondre.

CHAPITRE IV.

Des engagements que contracte le vendeur qui a vendu la chose d'autrui, envers le propriétaire de cette chose.

270. Nous avons traité, dans les chapitres précédents, des engagements et obligations du vendeur, qui naissent du contrat de vente, et qu'il contracte envers l'acheteur avec qui il a contracté. Outre ces obligations que celui qui vend la chose d'autrui contracte envers l'acheteur avec

qui il contracte, il contracte des obligations envers le propriétaire de la chose qu'il a vendue.

Ces obligations ne naissent pas proprement du contrat de vente *per se;* les contrats ne formant des obligations qu'entre les parties contractantes : elles naissent d'une chose différente : c'est ce que nous allons expliquer.

271. Il faut pour cela distinguer différents cas. Le premier est celui auquel quelqu'un vend une chose mobiliaire qu'il sait ne lui pas appartenir. Il n'est pas douteux qu'en vendant et livrant cette chose qu'il sait ne lui pas appartenir, il commet envers le propriétaire à qui elle appartient, un vol de cette chose; l. 1, l. 7, *Cod. de usuc. pro empt.;* et par conséquent il contracte envers lui l'obligation qui naît de cette espèce de délit. Il naît de cette obligation l'action qu'on appelle *condictio furtiva*, par laquelle ce propriétaire a droit de lui demander la restitution de cette chose, ou le prix, à défaut de pouvoir la lui restituer.

Ce prix qu'il est obligé de restituer au propriétaire, faute de lui restituer la chose, peut être plus considérable que celui pour lequel il l'a vendue; car s'il l'avoit vendue au-dessous de sa valeur, le propriétaire envers qui il est tenu de la restitution de la chose même, n'est pas tenu de se contenter de ce prix : faute de pouvoir lui rendre la chose même, il doit lui en restituer la véritable valeur.

Ce vendeur peut même être tenu à plus que la véritable valeur de la chose; car si le propriétaire souffre ou a souffert des dommages et intérêts de la privation de sa chose, il doit l'en indemniser, suivant la régle générale, que celui qui a commis quelque espéce de délit que ce soit, doit indemniser celui envers qui il l'a commis, de tout ce qu'il en souffre.

272. Lorsque celui qui a vendu une chose qu'il savoit ne lui pas appartenir, a vendu cette chose pour un prix très avantageux, et qu'il en est depuis redevenu possesseur, n'importe à quel titre, le propriétaire de la chose a-t-il le choix de répéter la chose, ou le prix pour lequel il

l'a vendue, en offrant de lui laisser la chose? Je pense qu'il doit avoir ce choix; car ce possesseur de mauvaise foi ayant commis un vol en vendant et livrant cette chose qu'il savoit ne lui pas appartenir, il ne doit pas profiter de ce vol, ni par conséquent retenir le prix avantageux pour lequel il l'a vendue. Celui qui retient la chose d'autrui indûment, est obligé envers le propriétaire à qui elle appartient, non seulement à la restitution de cette chose, mais à la restitution du profit qu'il a fait par rapport à cette chose; tel qu'est celui qu'il a fait en la vendant pour un prix avantageux : l'équité naturelle ne permet pas que quelqu'un puisse profiter de son délit : *Fraus sua nemini opitulari debet.*

273. Le second cas est lorsque quelqu'un a vendu sans droit, comme chose à lui appartenante, un héritage ou une chose incorporelle qu'il savoit m'appartenir. Il ne commet point en ce cas un vol proprement dit, ces choses n'étant pas susceptibles de vol, *quùm furtum non cadat nisi in res mobiles et corporales;* l. 25, ff. *de furt.* : mais il commet envers moi une injustice semblable; et comme l'équité naturelle ne permet pas que quelqu'un profite de son injustice, dans le cas auquel j'aimerois mieux le prix pour lequel la chose a été vendue que la chose, et que je me désisterois du droit que j'ai de la revendiquer, il est tenu envers moi, *actione in factum*, de me rendre le prix pour lequel il a vendu ma chose, s'il l'a déja reçu; ou de me subroger à ses droits contre l'acheteur pour l'exiger, s'il ne l'a pas encore reçu.

274. Il n'importe que celui qui a vendu comme à lui appartenante la chose qu'il savoit m'appartenir, la possédât sans titre, ou en vertu d'un juste titre : il n'importe qu'il la possédât à titre lucratif, ou même à titre onéreux; car quoiqu'il la possédât à titre onéreux, quoiqu'il l'eût achetée de bonne foi, aussitôt qu'il a eu la connoissance qu'elle m'appartenoit, il n'en a pas moins contracté l'obligation de me la rendre. Le droit naturel ne défend pas seulement de prendre, mais aussi de retenir le bien d'autrui. C'est pourquoi lorsqu'au lieu de me la rendre, il en dispose en

la vendant comme chose à lui appartenante, quoiqu'il l'ait achetée de bonne foi, il n'en commet pas moins, en la vendant, ou un vol, si c'est un meuble corporel, ou si c'est un héritage, une injustice semblable au vol, qui l'oblige à tout ce qui a été dit ci-dessus.

275. Le troisième cas est lorsque celui qui possédoit de bonne foi la chose d'autrui à titre de donation ou de legs, l'a vendue de bonne foi comme à lui appartenante, ignorant qu'elle appartînt à un autre. Le propriétaire de cette chose, qui est depuis périe, ou qui ne se trouve plus, peut-il lui demander la restitution de la somme pour laquelle il l'a vendue? Ce cas-ci est différent des deux précédents; car dans ce cas-ci j'ai vendu de bonne foi la chose: je n'ai par conséquent, en la vendant, commis aucune injustice envers le propriétaire de cette chose. Néanmoins Africanus, après Julien, décide en la loi 23, ff. *de reb. cred.*, que même en ce cas le propriétaire de la chose est bien fondé à demander à celui qui l'a vendue la restitution du prix: *Si eum servum qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possiderim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere Julianus ait.* Cette décision est fondée sur cette grande régle d'équité naturelle, qu'il n'est pas permis de s'enrichir du bien d'autrui; d'où il suit que je ne dois pas profiter du prix de la chose d'autrui que j'ai, par erreur, vendue comme à moi appartenante. C'est la raison qu'en donne le jurisconsulte dans la loi ci-dessus citée: *Posse te mihi pretium condicere Julianus ait, quòd ex re tuâ locupletior factus sim.*

276. Le quatrième cas est celui auquel vous vendez de bonne foi la chose d'autrui, que vous avez achetée de bonne foi de celui qui n'en étoit pas le propriétaire: cette chose étant depuis périe, ou ne se retrouvant plus, le véritable propriétaire pourra-t-il répéter de vous le prix pour lequel vous l'avez vendue? Les raisons sur lesquelles on a fondé la décision pour l'affirmative dans le cas précédent, ne se rencontrent pas dans celui-ci. Vous l'avez vendue de bonne foi, et il semble qu'on ne peut pas dire, comme dans le cas

précédent, qu'en la vendant vous vous soyez enrichi du prix de la chose d'autrui; car en la revendant, vous avez plutôt recouvré le prix qu'elle vous avoit coûté, que vous ne vous êtes enrichi. Il n'y a que le cas auquel vous l'auriez revendue pour un prix plus cher que vous ne l'avez achetée, qui pourroit paroître semblable, en quelque façon, au précédent, et devoir vous obliger à la restitution, non pas de tout le prix, mais seulement de l'excédant de ce qu'elle vous avoit coûté. Nonobstant ces raisons, Pulveus, en son Traité *de rei alien. distract., cap.* 20, estime que celui qui a vendu, quoique de bonne foi, la chose d'autrui qu'il avoit achetée de celui qui n'en étoit pas le propriétaire, est tenu de restituer le prix au véritable propriétaire, *utili actione negotiorum gestorum;* parcequ'en vendant cette chose, quoiqu'il crût gérer sa propre affaire dans la persuasion où il étoit que cette chose lui appartenoit, néanmoins dans la vérité il géroit l'affaire du propriétaire de cette chose plutôt que la sienne; et cette gestion l'oblige à faire raison à ce propriétaire, *domino negotii*, de ce qu'il a reçu de cette gestion. Il le doit, non selon la subtilité du droit, puisqu'il n'a pas eu intention de contracter aucune obligation de rendre compte de cette vente, comptant vendre sa propre chose, mais selon l'équité, parceque effectivement en vendant cette chose, c'est l'affaire de celui à qui elle appartenoit qu'il a gérée. C'est pourquoi *tenetur actione negotiorum gestorum, non quidem directâ, sed utili.* Pulveus, pour appuyer cette opinion, se fonde sur la loi *fin.* ff. *de neg. gest.* Dans l'espéce de cette loi, vous aviez acheté de moi un esclave, et vous aviez vendu de bonne foi, comme à vous appartenante, une chose que vous aviez trouvée entre les mains de cet esclave qui m'appartenoit, la chose m'ayant été volée par cet esclave. Africanus décide que j'ai action contre vous pour la répétition du prix; *de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda, ut dari deberet, si negotium quod tuum esse existimares, quùm esset meum, gessisses.* Cette opinion de Pulveus me paroît souffrir difficulté. La loi sur laquelle il se fonde n'est pas décisive pour cette opi-

nion. Dans l'espéce de cette loi, vous aviez acheté l'esclave, mais vous n'aviez pas acheté la chose que cet esclave m'avoit volée, et que vous avez vendue : cette chose ne vous coûtoit rien. Ainsi cette loi prouve seulement que celui qui a vendu, quoique de bonne foi, la chose d'autrui qu'il possédoit à titre lucratif, est tenu d'en rendre le prix au vrai propriétaire ; mais elle ne prouve pas qu'il y fût obligé, lorsqu'il avoit acheté cette chose. On insistera peut-être en disant que la raison mentionnée en cette loi pour fonder la demande du propriétaire en répétition du prix, est qu'en vendant la chose qui m'appartenoit, comme à vous appartenante, vous avez géré effectivement mon affaire, quoique vous crussiez gérer la vôtre : or, dira-t-on, cette raison milite toutes les fois que vous avez vendu, quoique de bonne foi, et comme à vous appartenante, une chose qui m'appartenoit. Elle milite, soit que vous possédassiez cette chose à titre lucratif, soit que vous l'eussiez achetée, parcequ'il est toujours vrai de dire que c'est une vente de ma chose que vous avez faite, et que vous avez par conséquent fait mon affaire. On peut répondre à ce raisonnement, que lorsque vous vendez de bonne foi une chose que vous avez achetée, quoique cette chose ne vous appartienne pas, mais à moi, cette vente que vous en faites est véritablement votre affaire, et non la mienne, *tuum negotium geris, non meum.* Si, dans l'espéce de la loi ci-dessus rapportée, il est dit que vous êtes obligé de me faire raison du prix de la chose que vous m'avez vendue, de même que si vous aviez géré mon affaire, croyant gérer la vôtre; ce n'est pas par la raison seule que la chose que vous avez vendue étoit une chose qui m'appartenoit, mais c'est encore parceque cette chose qui m'appartenoit, étoit une chose que m'avoit volée l'esclave que je vous avois vendu, une chose que vous n'aviez pas achetée, qui ne vous avoit rien coûté, et du prix de laquelle vous ne deviez pas par conséquent profiter à mes dépens. La vente que vous avez faite de cette chose, étant une vente dont le prix, suivant les régles de l'équité, ne devoit pas tourner à votre profit, mais

au mien, il s'ensuit que la vente que vous en avez faite étoit mon affaire que vous faisiez, croyant faire la vôtre. Il résulte de cette explication, que cette loi, non plus que la loi 23, ff. *de reb. cred.*, n'est décisive que pour le troisième cas, et qu'elle ne prouve rien pour l'opinion de Pulveus dans le quatrième cas. La loi 3, *Cod. rei vend.*, et la loi 1, *Cod. de reb. alien. non alien.*, prouvent encore moins pour l'opinion de Pulveus, ces lois pouvant s'entendre du cas auquel le vendeur auroit eu connoissance, en vendant la chose, qu'elle ne lui appartenoit pas. L'opinion de Pulveus n'est donc fondée sur aucun texte de droit. On peut au contraire tirer un argument de la loi 17, ff. *de rei vend.* contre son opinion. Il est dit dans cette loi, que dans le cas auquel Mœvius, propriétaire d'une chose que j'ai achetée de Titus, auroit donné la demande en revendication, si depuis la demande, et *post acceptum judicium*, j'ai vendu cette chose à un second acheteur, par le fait duquel elle est périe, je suis tenu de faire raison à Mœvius, propriétaire de cette chose, du prix pour lequel je l'ai vendue. Ulpien ayant décidé, dans cette loi, que j'étois tenu de rendre le prix lorsque j'ai vendu la chose, *post acceptum judicium*, il s'ensuit, par un argument négatif, que je n'en serois pas tenu, si je l'avois vendue de bonne foi avant aucune demande. Il est vrai que les arguments négatifs ne sont pas toujours bien concluants.

TROISIÈME PARTIE.

Des engagements de l'acheteur.

277. Les engagements de l'acheteur naissent, de même que ceux du vendeur, soit de la nature même du contrat, soit de la bonne foi, soit des clauses particulières du contrat.

SECTION PREMIÈRE.

Des engagements de l'acheteur, qui naissent de la nature du contrat.

278. Les engagements de l'acheteur qui naissent de la nature du contrat sont, 1° celui qu'il contracte de payer le prix et les intérêts; 2° celui d'enlever la chose vendue, et d'indemniser le vendeur de ce qu'il a dépensé pour la lui conserver.

§. I. De l'obligation de payer le prix.

279. Le principal engagement que contracte l'acheteur par la nature même du contrat de vente, consiste dans l'obligation de payer le prix convenu.

De cette obligation de l'acheteur naît une action qu'a le vendeur (*actio venditi*) pour en demander le paiement.

280. Lorsque le contrat ne porte aucun terme, le vendeur peut former incontinent cette action contre l'acheteur, aux offres qu'il doit lui faire de lui livrer la chose, si elle ne l'a déja été.

Si depuis le contrat elle avoit cessé, sans la faute du vendeur, de pouvoir être livrée, le vendeur ne laisseroit pas de pouvoir intenter cette action pour le paiement du prix. Mais tant que le vendeur est en demeure de livrer la

chose vendue, il n'est point recevable à en demander le prix.

281. Même après que le vendeur l'a livrée, il ne pourroit demander le prix, si l'acheteur étoit troublé dans sa possession par quelque demande en revendication, hypothécaire ou autre, jusqu'à ce que le procès fût terminé.

Si néanmoins le procès pouvoit durer long-temps, il pourroit être reçu, après avoir pris le fait et cause de l'acheteur, à exiger de lui le prix; mais il faudroit en ce cas qu'il lui offrît une bonne et suffisante caution de rapporter en cas d'éviction.

S'il y avoit de fortes présomptions que la demande donnée contre l'acheteur est une demande qu'il se seroit fait donner par une personne affidée pour vexer le vendeur, et l'empêcher de toucher le prix, faute de pouvoir trouver une caution, le vendeur devroit être en ce cas dispensé de la donner.

Il y auroit lieu à cette présomption si la demande paroissoit dénuée de fondement, et étoit donnée par un homme de la lie du peuple qui n'a rien à perdre.

282. Le vendeur qui ne peut toucher le prix faute de pouvoir trouver une caution, peut demander que l'acheteur soit tenu de déposer le prix : mais il n'est pas toujours de l'intérêt du vendeur de demander le dépôt, parcequ'il fait cesser les intérêts qui couroient à son profit; il n'a intérêt de le demander que lorsqu'il est persuadé que l'acheteur n'a pas d'argent, et que le procès n'est qu'une manœuvre à laquelle l'acheteur a eu recours pour éloigner le paiement. L'acheteur peut aussi demander le dépôt pour se décharger des intérêts.

283. L'acheteur peut bien se défendre de payer lorsqu'il est troublé; mais s'il a payé avant le trouble il ne peut demander ni la restitution du prix, ni caution, pendant le procès. Même avant qu'il ait payé, tant qu'il ne souffre aucun trouble, il n'est pas recevable à demander au vendeur caution du prix dont le paiement lui est demandé. *Arrêt du 5 août 1669, dans Soefve, cent. 4, chap. 4.*

§. II. Des intérêts du prix.

284. Lorsque la chose vendue n'est pas de nature à produire des fruits, telles que sont une bibliothèque, une tapisserie, etc., l'acheteur, de même que tout autre débiteur de somme d'argent, ne doit les intérêts du prix que du jour qu'il a été mis en demeure de le payer par une interpellation judiciaire.

Mais lorsque la chose vendue est de nature à produire des fruits naturels ou civils, tels que sont une terre, une maison, un moulin, un troupeau, l'acheteur doit les intérêts du prix de plein droit, et *ex naturâ contractûs*, du jour qu'il est entré en possession et jouissance de la chose, soit qu'ils aient été stipulés, soit qu'ils ne l'aient pas été.

On peut bien valablement convenir que ces intérêts seront payés à un taux moindre que le taux légitime, qui est le denier vingt; par exemple, qu'ils seront payés au taux du denier vingt-deux ou vingt-quatre : mais on ne peut pas valablement convenir qu'ils seront payés à un taux plus fort. Par exemple, si on étoit convenu qu'ils seroient payés sur le pied du denier seize ou dix-huit, l'acheteur, nonobstant cette convention, ne les devroit que sur le pied du denier vingt. *André Gail, obs.* 11, 15.

285. L'acheteur doit les intérêts du prix, non seulement avant qu'il ait été mis en demeure de payer, mais même pendant le procès, sur la demande qui lui est faite par un tiers pour délaisser, quoiqu'il ne soit pas obligé de payer pendant ce temps le prix à son vendeur qui ne lui offre pas de caution; il ne peut en ce cas se décharger des intérêts que par le dépôt du prix, n'étant pas juste qu'il puisse jouir tout à-la-fois et de la chose et du prix : *Quùm re emptor fruatur æquissimum est eum usuras pretii pendere... hoc solum spectare debemus, an habeat facultatem fructus percipiendi;* l. 13, §. 20 et 21, ff. *act. empt.*

286. Lorsqu'on est convenu par le contrat que l'acheteur entrera incontinent en jouissance de l'héritage qui lui est vendu, et que néanmoins il aura un certain terme pour

le paiement du prix, à la charge qu'il paiera pendant ce temps les intérêts; cette convention est très licite, quoiqu'elle ait été condamnée comme usuraire par quelques docteurs cités par Fachin, *controv. lib.* 2, *cap.* 32. Le fondement de l'opinion de ces docteurs étoit que l'usure consiste à tirer du profit du prêt ou du crédit qu'on fait à son débiteur. Or, dit-on, dans cette espèce ces intérêts sont stipulés comme le prix du crédit que le vendeur fait à l'acheteur : l'acheteur ne les doit pas en ce cas par la nature du contrat, puisqu'ayant par le contrat un terme pour payer, il n'est en aucune manière en demeure de payer, *nec in morâ regulari, nec in morâ irregulari ;* et par conséquent il ne peut, en vertu du contrat, devoir des intérêts.

La réponse est que ce n'est pas de la demeure de payer le prix que naissent les intérêts dans le contrat de vente; ils naissent de la jouissance que l'acheteur a de la chose, et de cette régle d'équité qui ne permet pas qu'il ait tout à-la-fois la jouissance de la chose et du prix : *Hoc solum spectare debemus, an habeat facultatem fructûs percipiendi; d.* l. 13, §. 20. Les intérêts que le vendeur stipule de lui ne sont point un profit qu'il retire du crédit qu'il lui fait pour le paiement du prix; ils sont plutôt le prix de la jouissance de la chose vendue, qu'il n'étoit pas obligé de lui accorder avant le paiement du prix. Ces intérêts ne sont donc pas *usuriæ lucratoriæ*, qui sont illicites, mais *usuræ compensatoriæ*, qui, de l'aveu de tous, sont permises. Le vendeur ne doit pas être de pire condition parcequ'il a eu la facilité d'accorder un terme à l'acheteur pour le paiement du prix, que s'il ne lui en avoit pas accordé; il ne doit pas souffrir de la grace qu'il lui a faite : or, s'il ne lui avoit pas accordé de terme, les intérêts courroient du jour que l'acheteur est entré en jouissance. Le vendeur peut donc, en accordant terme, se réserver les intérêts qui lui auroient été dus s'il ne l'eût pas accordé.

287. Si par le contrat de vente par lequel le vendeur accorde un terme pour le paiement du prix à l'acheteur, qu'on fait néanmoins entrer en jouissance, les parties ne

se sont pas expliquées si les intérêts du prix courroient ou non pendant le temps que durera ce terme, le vendeur pourra-t-il les prétendre? Pour l'affirmative, il sembleroit qu'on pourroit dire à-peu-près les mêmes choses que nous avons dites sur la question précédente. Il suffit, dira-t-on, que l'acheteur ait joui de l'héritage qui lui a été vendu, pour qu'il doive les intérêts, l'équité ne permettant pas qu'il jouisse de la chose et du prix; *hoc solum spectare debemus; d.* l. 13, §. 20. Il n'est donc pas nécessaire, pour que les intérêts courent au profit du vendeur pendant le temps que doit durer le terme, que les parties s'en soient formellement expliquées. Le vendeur, en accordant un terme pour la commodité de l'acheteur, ne doit pas en souffrir : il ne doit pas être pour cela présumé avoir renoncé aux intérêts qui lui appartiennent par la nature du contrat, depuis que l'acheteur est entré en jouissance jusqu'au paiement du prix, personne ne devant être facilement présumé vouloir renoncer à ses droits : *Nemo res suas jactare, nemo quod suum est donare facilè præsumitur.* Nonobstant ces raisons, on décide communément que l'acheteur ne doit pas d'intérêts pendant le temps du terme qui lui est accordé pour le paiement du prix, quoiqu'il jouisse pendant ce temps de l'héritage. Fachin, *controv.* 11, 32, et Covarruvias, *var. resol.* 111, 4, le décident en termes formels, ou plutôt le supposent et n'en font pas même de question. Quoiqu'ils ne rapportent pas la raison de cette décision, il est facile de l'apercevoir. La jouissance qui est accordée par cette clause à l'acheteur avant qu'il ait payé le prix, fait partie de ce qui lui est vendu : il est censé avoir payé cette jouissance par le prix porté au contrat; les parties sont censées être convenues d'un prix plus fort qu'il ne l'eût été sans cette clause. Le vendeur ne peut donc plus exiger les intérêts comme le prix de cette jouissance, puisqu'il en est payé sur le prix principal, dans lequel celui de cette jouissance est entré. Quand même il y auroit du doute si le vendeur a renfermé le prix de cette jouissance dans le prix porté au contrat, ou s'il a

entendu se réserver de s'en faire payer par les intérêts, le contrat devroit s'interpréter contre le vendeur qui devroit s'expliquer sur cette réserve, l. 39, ff. *de pact.;* l. 17, ff. *de R. jur.; Traité des Oblig., n.* 97.

288. Si le terme pour le paiement du prix ne faisoit pas partie des clauses du contrat, s'il n'avoit été accordé que depuis, par une convention entre le vendeur et l'acheteur, sans qu'il parût que le vendeur eût rien reçu pour cela, en ce cas le vendeur, en accordant ce terme, seroit censé n'avoir voulu accorder qu'une surséance aux poursuites qu'il avoit droit de faire, pour donner à l'acheteur le temps de chercher de l'argent, et n'avoir pas entendu renoncer aux intérêts qui lui sont dus par la nature du contrat, personne ne devant être présumé vouloir renoncer à ses droits.

289. Il faudroit décider autrement si le terme étoit accordé par le testament du vendeur. Les héritiers du vendeur ne pourroient en ce cas exiger de l'acheteur les intérêts du prix pendant le temps du terme ; le testateur doit être censé en avoir fait la remise à l'acheteur pendant le temps du terme qu'il lui a accordé par sa disposition testamentaire. Les dispositions testamentaires qui renferment par leur nature une libéralité que le testateur veut faire à celui au profit de qui elles sont faites, doivent s'interpréter favorablement : *Voluntates testantium pleniùs interpretamur;* l. 12, ff. *de R. jur.*

290. Les intérêts étant dus, par la nature du contrat, du jour que l'acheteur est entré en jouissance, le terme accordé par le contrat ou par le testament du vendeur ne peut les arrêter que pendant la durée de ce terme : après l'expiration du terme ils courent de plein droit.

§. III. Des autres obligations de l'acheteur, qui naissent de la nature du contrat.

291. C'est une des obligations qui naissent de la nature du contrat, que celle que contracte l'acheteur d'enlever les marchandises qui lui ont été vendues.

Lorsque, par une sommation judiciaire, il a été mis en demeure de satisfaire à cette obligation, il est tenu des dommages et intérêts que le vendeur a soufferts depuis la sommation, par la privation de l'usage de ses magasins, greniers, caves et celliers qu'occupoient les marchandises vendues.

Le vendeur peut aussi en ce cas assigner l'acheteur aux fins que, faute par l'acheteur d'enlever les marchandises à lui vendues, dans un court délai qui lui sera fixé par le juge, il sera permis au vendeur de les mettre dehors aux frais de l'acheteur, en lui dénonçant le jour et l'heure qu'il les mettra dehors.

292. Lorsque le contrat ne porte aucun temps pour l'enlèvement des choses vendues, l'acheteur peut être sommé incontinent de faire cet enlèvement.

Il y a néanmoins certaines marchandises pour l'enlèvement desquelles l'usage des lieux accorde un certain terme. Par exemple, il est d'usage dans notre vignoble d'Orléans que les marchands qui achètent au temps des vendanges les vins de nos récoltes, aient terme jusqu'à la Saint-Martin pour les enlever.

Enfin c'est un engagement qui naît de la nature du contrat de vente, que l'acheteur est obligé de rembourser au vendeur ce qu'il a dépensé depuis le contrat, pour la conservation de la chose vendue; car les fruits de la chose vendue étant dus à l'acheteur dès avant la tradition, aussitôt qu'il en a payé le prix, ainsi que nous l'avons vu dans la partie précédente, il est naturel que les charges le regardent depuis ce temps, et par conséquent toute la dépense qu'il a fallu faire pour l'entretien et la conservation de la chose; l. 13, §. 22, *de act. empt.*

293. Si, par une convention particulière, ou parceque le prix n'auroit pas encore été payé, le vendeur a continué depuis le contrat de percevoir à son profit les fruits de l'héritage vendu, il n'est pas douteux que les dépenses d'entretien faites pendant tout ce temps ne doivent point être remboursées au vendeur, puisqu'elles sont une charge

des fruits qui lui appartiennent. Mais doit-il être remboursé des grosses réparations? La raison de douter est que le vendeur, jusqu'à la tradition, demeure propriétaire, et que les grosses réparations sont une charge de la propriété. Je pense néanmoins qu'elles doivent être remboursées au vendeur par l'acheteur. Ce qu'on dit, que ces réparations sont une charge de la propriété, est une maxime qui a lieu lorsque la question est entre un propriétaire et un usufruitier; mais il en est autrement lorsque la question est entre le vendeur et l'acheteur. La chose vendue étant depuis le contrat aux risques de l'acheteur, toutes les charges des fruits que le vendeur perçoit encore doivent regarder l'acheteur.

SECTION II.

Des obligations de l'acheteur, qui naissent de la bonne foi qui doit régner dans le contrat de vente.

294. La bonne foi qui doit régner dans le contrat de vente oblige l'acheteur à deux choses; 1° à n'user d'aucun dol pour porter le vendeur à vendre, ou à vendre moins cher; 2° à ne pas acheter la chose au-dessous du juste prix.

ARTICLE PREMIER.

En quoi consiste le dol qu'un acheteur peut commettre, et à quoi l'oblige-t-il?

295. Il y a deux espèces de dol que l'acheteur peut commettre dans le contrat de vente. La première consiste dans le mensonge et les manœuvres que l'acheteur emploieroit pour porter le vendeur à vendre ou à vendre moins cher; comme si, pour porter le propriétaire d'une auberge située sur une grande route, à me la vendre, j'avois pratiqué des manœuvres pour lui faire accroire qu'il y avoit un projet passé au conseil pour faire un grand chemin ailleurs, qui changeroit la route.

Ces manœuvres ne sont pas seulement condamnées

dans le for de la conscience; elles peuvent, dans le for extérieur, lorsqu'elles sont bien avérées, donner lieu au vendeur de prendre des lettres de rescision contre le contrat.

296. La seconde espéce de dol, c'est lorsque l'acheteur dissimule au vendeur la connoissance qu'il a de la chose qu'il achéte, et que le vendeur ne connoît pas.

Par exemple, je connois bien l'héritage que vous me vendez; je sais que vous ne le connoissez pas; qu'il est affermé à vil prix, et qu'à un renouvellement de bail on pourroit l'affermer beaucoup davantage : c'est un dol de ma part de vous dissimuler la connoissance que j'ai de la vilité du prix du bail de cet héritage.

La raison est, que la bonne foi et l'équité qui doivent régner dans le contrat de vente obligent les parties contractantes à ne se rien dissimuler de ce qu'ils savent touchant la chose qui fait l'objet du marché. La loi 43, §. 2, ff. *de contr. empt.*, répute toute dissimulation à cet égard pour un dol, comme nous l'avons vu *suprà*, n. 234. Il est vrai que cette loi est dans l'espéce du vendeur; mais elle s'applique pareillement à l'acheteur, les obligations étant réciproques.

297. L'acheteur commet une injustice par cette dissimulation, quand même le prix pour lequel il achéte la chose seroit le juste prix : car comme il est parfaitement libre d'acheter ou de ne pas acheter, et de n'acheter que pour le prix qu'il croit que vaut la chose, il doit laisser le vendeur jouir d'une pareille liberté : la dissimulation dont il use envers lui pour le porter à vendre une chose qu'il ne voudroit pas vendre, ou qu'il voudroit vendre plus cher qu'il ne la vend, s'il avoit les connoissances qu'on lui a cachées sur cette chose, est un piége tendu à cette liberté, et par conséquent une injustice.

298. Cette espéce d'injustice oblige, dans le for de la conscience, l'acheteur qui l'a commise, à déclarer au vendeur les connoissances qu'il lui a cachées lors du contrat, et à lui permettre de reprendre la chose pour le même

prix, s'il la veut reprendre; elle l'oblige à se charger de tous les frais de la rétrocession, de même que de ceux de la vente.

299. Cette obligation n'a lieu que dans le for de la conscience : dans le for extérieur, un vendeur ne seroit pas écouté à se plaindre que l'acheteur lui a dissimulé les connoissances qu'il avoit de son bien. Un vendeur est censé devoir le connoître mieux que personne; quand il ne le connoît pas, c'est une faute qu'il ne doit imputer qu'à lui-même. Les lois ne viennent pas au secours des négligents; la liberté du commerce seroit gênée, et l'on n'oseroit contracter, dans la crainte des procès, si les parties contractantes étoient facilement écoutées à revenir contre les marchés qu'elles ont faits.

ARTICLE II.

De l'obligation d'acheter à un prix qui ne soit pas au-dessous du juste prix.

300. La même raison d'équité qui ne permet pas au vendeur de vendre au-delà du *summum pretium* du juste prix, ne permet pas non plus à l'acheteur d'acheter au-dessous de l'*infimum pretium* du juste prix. *Voyez ce que nous avons dit, part. 2, chap. 2, art. 4, suprà.*

301. Néanmoins lorsqu'il s'agit de la vente d'une chose qui produit des fruits naturels ou civils, tels que sont les héritages, un troupeau, un fonds de boutique, etc.; de même que le vendeur qui fait crédit à l'acheteur pour le paiement du prix, peut licitement ajouter au juste prix les intérêts du prix, depuis qu'il a mis l'acheteur en jouissance de la chose, jusqu'au temps du paiement du prix, par la raison que ces intérêts lui tiennent lieu de la jouissance de la chose qu'il n'auroit dû accorder à l'acheteur qu'en recevant le prix; de même, lorsque l'acheteur avance au vendeur le prix d'une chose frugifère dont le vendeur ne l'a pas encore mis en possession, l'acheteur peut diminuer sur le juste prix de cette chose les intérêts

du juste prix, depuis le jour de l'avance qu'il en a faite, jusqu'au jour que la chose lui doit être délivrée. Ces intérêts qu'il diminue sur le juste prix sont en ce cas un juste dédommagement de la jouissance de la chose qu'il auroit dû avoir, selon les régles ordinaires du contrat de vente, du jour qu'il en a payé le prix.

302. Lorsque la chose vendue n'est pas une chose frugifère, de même que le vendeur ne peut en ce cas exiger rien de l'acheteur au-delà du juste prix pour le crédit, qu'autant et jusqu'à concurrence seulement de ce qu'il souffriroit de ce crédit, comme nous l'avons vu *suprà*, n. 249, de même l'acheteur qui avance au vendeur le prix avant le temps de la tradition, ne peut rien diminuer du juste prix pour cette avance, qu'autant et jusqu'à concurrence seulement de ce qu'il souffriroit de cette avance.

303. Il est néanmoins permis à l'acheteur de diminuer quelque chose du juste prix dans le cas suivant, qui est proposé par les auteurs qui ont traité de la Théologie morale. Vous me proposez de me vendre une partie de marchandises dont vous ne pouvez me faire la tradition que dans un mois. Pour vous faire plaisir je vous l'achéte aujourd'hui, et je vous la paie comptant. S'il y avoit une certitude morale, ou du moins une grande vraisemblance que le prix de cette marchandise diminuera, je puis licitement diminuer sur le prix qu'elle vaut aujourd'hui, une somme, pour me dédommager de la perte que je cours risque de faire en vous l'achetant.

La diminution qui peut se faire en ce cas sur le juste prix, doit se faire eu égard tant à la quantité de la perte qu'il y a lieu de croire qui se trouvera sur ces marchandises au temps de la tradition, qu'au degré de probabilité qu'il y a que cette perte arrivera. En conséquence cette diminution peut être d'une somme plus ou moins approchante de la quantité de la perte qu'il y a lieu d'appréhender, suivant le plus ou le moins qu'il y a de degrés de probabilité que cette perte arrivera; mais elle ne peut jamais être de la quantité entière; car le risque d'une perte qui n'est pas

encore arrivée, dont je me charge, ne peut jamais, quelque probable que soit le risque, être de même valeur que la perte même, lorsqu'elle est arrivée; de même que l'espérance d'un gain n'est jamais de même valeur que le gain, lorsqu'il est né.

L'estimation de ce dédommagement étant difficile, la cupidité pouvant porter l'acheteur à la porter plus haut qu'elle ne doit l'être, sans même qu'il s'en aperçoive; et d'ailleurs le besoin que le vendeur a d'argent, le portant à consentir à tout, il vaut beaucoup mieux, en ce cas, faire le marché au prix que la marchandise vaudra lors de la tradition, et que cependant l'acheteur paie une certaine somme d'avance au vendeur; sauf aux parties à se faire raison du plus ou du moins, lorsque le prix aura été réglé. Si l'acheteur rejetoit cette proposition qui lui seroit faite par le vendeur, ce seroit une preuve de la secréte volonté qu'il auroit de faire un profit injuste sur le vendeur.

ARTICLE III.

En quel cas la vilité du prix est-elle considérée dans le for extérieur?

304. Lorsqu'il s'agit de meubles, le vendeur n'est pas écouté dans les tribunaux à se plaindre de la vente qu'il a faite à vil prix, sur le seul fondement de la vilité du prix, quelque énorme que soit la lésion qu'il a soufferte. Notre coutume d'Orléans en a une disposition formelle en l'*art.* 446, et c'est un droit généralement reçu.

305. Néanmoins les lois de la police ont mis un frein à la cupidité des marchands qui profitent du besoin d'argent des gens de la campagne pour acheter d'eux, dès avant la récolte, leurs denrées à un très vil prix qu'ils leur avancent. Pour cet effet, ces lois ont défendu, sous de très grosses peines, les achats de blés en vert, et des autres fruits, avant qu'ils fussent recueillis. *Voyez les Règlements du conseil de* 1567 *et* 1577, *revêtus de lettres-patentes registrées au parlement; et la déclaration du* 31 *août* 1699.

Elles ont pareillement défendu, par la même raison,

aux marchands de laine d'acheter les laines avant la tonte. *Réglements du conseil des 4 août* 1616, *et 7 mai* 1737.

Ces réglements ne sont pas néanmoins observés tellement à la rigueur, qu'on doive déclarer nulles indistinctement toutes les ventes de fruits qui se font avant la récolte. Ces réglements ayant eu pour motif d'empêcher que les marchands ne profitassent du besoin d'argent qu'avoient les vendeurs, pour acheter à des conditions désavantageuses aux vendeurs; toutes les fois qu'il n'y a aucune suspicion de ce dessein, et que le marché paroît fait à des conditions raisonnables, le marché doit être confirmé. Il y en a un arrêt dans Augeard, du 13 juin 1720.

Il n'y a sur-tout aucun lieu à cette suspicion lorsque l'acheteur n'a pas avancé le prix, et qu'il ne doit être payé que lors de la tradition.

Ces réglements étant faits en faveur des vendeurs, il n'y a qu'eux qui doivent être reçus à se plaindre de ces marchés; l'acheteur ne doit pas y être reçu.

306. A l'égard des héritages, la lésion que le vendeur souffre dans le prix n'est pas considérée dans le for extérieur, lorsqu'elle est modique; mais lorsqu'elle est énorme, et que le prix pour lequel l'héritage a été vendu est au-dessous de la moitié du juste prix, les lois accordent au vendeur une action rescisoire. Nous traiterons de cette action, *part.* 5, *sect.* 2.

SECTION III.

Des obligations de l'acheteur, qui naissent des clauses particulières du contrat de vente.

307. Outre les engagements de l'acheteur, qui naissent de la nature du contrat de vente, et de la bonne foi qui y doit régner, dont nous avons traité dans les sections précédentes, il en peut naître d'autres des clauses particulières du contrat: car si, par une clause particulière du contrat de vente, on est convenu que l'acheteur donneroit,

outre le prix, une certaine chose au vendeur, ou qu'il feroit ou ne feroit pas quelque chose, il naît de cette clause une obligation que contracte l'acheteur envers le vendeur, d'exécuter la convention, et une action qu'a le vendeur pour exiger de l'acheteur qu'il remplisse son engagement. Cette action est une branche de l'action *ex vendito*.

Sur l'effet de cette obligation qui en naît, nous ne pouvons que renvoyer aux principes généraux que nous avons établis en notre Traité des obligations, sur l'effet des obligations de donner ou de faire.

Les clauses les plus fréquentes dans le contrat de vente, qui renferment une obligation de la part de l'acheteur, sont, 1° la clause de réméré, par laquelle l'acheteur s'oblige de rendre au vendeur la chose, lorsque le vendeur le requerra, à la charge que le vendeur l'indemnisera de ce qu'il lui a coûté pour l'acquérir; 2° le pacte commissoire par lequel l'acheteur s'oblige à la restitution de la chose, à défaut de paiement du prix dans un certain temps; 3° celui par lequel l'acheteur consent la résolution de la vente, au cas que le vendeur trouve dans un certain temps des conditions de marché plus avantageuses. La vente faite avec ce pacte est celle qu'on appelle *addictio in diem*.

Comme les engagements de l'acheteur, que ces trois clauses renferment, tendent à la résolution du contrat de vente, nous en traiterons *infrà*, *part.* 5, *chap.* 2.

QUATRIÈME PARTIE.

Aux risques de qui est la chose vendue, pendant le temps intermédiaire entre le contrat et la tradition.

308. C'est un principe établi au titre du Digeste *de peric. et comm. rei vend.* qu'aussitôt que le contrat de vente est parfait, la chose vendue devient aux risques de l'acheteur, quoiqu'elle ne lui ait pas encore été livrée; de manière que si pendant ce temps elle vient à périr sans la faute du vendeur, le vendeur devient quitte de son obligation, et l'acheteur n'est pas pour cela quitte de la sienne, et n'est pas moins obligé de payer le prix convenu.

Que le vendeur soit quitte de son obligation, lorsque la chose vendue est périe sans sa faute, c'est une conséquence d'un autre principe, que toute obligation d'un corps certain s'éteint lorsque la chose cesse d'exister. *Traité des obligations*, *part.* 3, *chap.* 6. Ce principe est pris dans la nature même des choses; car la chose due étant le sujet de l'obligation, il s'ensuit que lorsqu'elle cesse d'être, l'obligation ne peut plus subsister, ne pouvant pas subsister sans sujet.

La seconde partie de la décision, savoir, que l'obligation de l'acheteur ne laisse pas de subsister, quoique celle du vendeur soit éteinte par l'extinction de la chose, paroît souffrir plus de difficulté. Néanmoins elle est vraie, et fondée dans la nature du contrat de vente. Ce contrat est du nombre de ceux qu'on appelle *consensuels*, qui sont parfaits par le seul consentement des contractants. La tradition de la chose vendue n'est point nécessaire pour la perfec-

tion de ce contrat. L'obligation que l'acheteur contracte de payer le prix étant donc parfaite par le seul consentement des parties qui est intervenu, et indépendamment de la tradition, elle doit subsister, quoique la chose vendue ait cessé d'exister, et ne puisse plus être livrée. Il est vrai que tant que le vendeur est en demeure de livrer la chose, il ne peut exiger le prix, parcequ'il ne peut être recevable à demander que l'acheteur s'acquitte envers lui de son obligation, lorsqu'il est de son côté en demeure de satisfaire à la sienne. Mais lorsque l'obligation du vendeur est éteinte par une des manières naturelles dont les obligations s'éteignent, l'acheteur n'a plus rien à lui opposer pour se défendre d'exécuter de son côté son obligation, qui ayant été une fois valablement contractée, subsiste toujours, et ne peut s'éteindre que par quelqu'une des manières dont s'éteignent les obligations.

Plusieurs modernes qui ont traité du droit naturel, du nombre desquels sont Puffendorf, Barbeyrac, etc., ont cru que les jurisconsultes romains s'étoient écartés, sur cette matière, des vrais principes du droit naturel; et ils soutiennent au contraire que la chose vendue est au risque du vendeur, tant qu'il en demeure propriétaire; que c'est sur lui que doit tomber la perte qui arrive de cette chose, quoique sans faute, pourvu que l'acheteur n'ait pas été en demeure de la recevoir; et pareillement que c'est lui qui doit profiter des accroissements qui surviendroient dans la chose vendue. Leurs arguments sont, 1° que c'est une maxime reconnue par les jurisconsultes romains eux-mêmes, qu'une chose est aux risques du propriétaire, *res perit domino.* La réponse à cette objection est que cette maxime reçoit application lorsqu'on oppose le propriétaire à ceux qui ont la garde ou l'usage de la chose. En ce cas, la chose périt pour le propriétaire, plutôt que pour ceux qui en avoient la garde ou l'usage, lesquels, par la perte qui arrive de la chose sans leur faute, sont déchargés de l'obligation qu'ils avoient contractée de la rendre. Mais lorsqu'on oppose le propriétaire débiteur d'une

chose, au créancier de cette chose qui a une action contre le propriétaire pour se la faire livrer, en ce cas la chose périt pour le créancier plutôt que pour le propriétaire, qui, par la perte de la chose, est libéré de l'obligation de la livrer. En effet, chacun perd le droit qu'il a dans une chose, ou par rapport à une chose, lorsqu'elle périt par cas fortuit : le vendeur, propriétaire de la chose, perd son droit de propriété tel qu'il l'avoit, c'est-à-dire un droit qu'il ne pouvoit retenir, et qu'il étoit obligé de transférer à l'acheteur : l'acheteur, de son côté, perd le droit qu'il avoit par rapport à cette chose, c'est-à-dire le droit qu'il avoit de se la faire livrer.

On oppose, 2° que l'acheteur ne s'est obligé à payer le prix qu'à condition qu'on lui donneroit la chose. Je nie la proposition. Il s'oblige à payer le prix, non pas à condition que le vendeur lui donne la chose, mais plutôt à condition que le vendeur s'oblige de son côté envers lui à lui faire avoir la chose: il suffit donc que le vendeur s'y soit valablement obligé, et n'ait pas manqué à son obligation, pour que l'obligation de l'acheteur ait une cause, et subsiste.

Quoique les raisons pour le sentiment des jurisconsultes romains me paroissent devoir l'emporter, néanmoins il faut avouer que la question a sa difficulté, et qu'il semble même que les jurisconsultes romains n'ont pas été unanimes sur cette question; car Africain, en la loi 33, ff. *locat.*, dit formellement que si le fisc s'est emparé de l'héritage que je vous avois vendu avant que je vous l'eusse livré, de manière qu'il ne soit plus en mon pouvoir de vous le livrer, je ne serai à la vérité tenu envers vous d'aucuns dommages et intérêts, mais je serai tenu de vous rendre le prix de la vente. Ce texte a paru si formel à Cujas, que dans son Traité *ad African.* sur cette loi, il a été jusqu'à soutenir que, selon le droit romain, la chose vendue n'étoit pas aux risques de l'acheteur, contre la décision formelle des autres textes de droit et le sentiment général, contre ce qu'il a écrit lui-même, *ad l.* 34, §. *alia caus.* ff. *de cont. empt. lib.* 33; *Paul ad ed.* Les autres inter-

prêtes ont imaginé différentes conciliations : la plus plausible est celle de Davezan, professeur de notre université d'Orléans, en son Traité *de contr.* Il dit que dans l'espèce rapportée par Africain, si l'acheteur a la répétition du prix, c'est que les lois qui ordonnoient aux possesseurs de quitter la possession de leur héritage pour quelque cause publique, portoient apparemment cette clause, *nonobstant toutes ventes qu'ils en auroient faites précédemment, lesquelles demeureront nulles.* La vente étant donc en ce cas rescindée, l'acheteur a la répétition du prix; mais lorsque la chose vendue a péri, la vente n'est pas pour cela rescindée. Quand même on n'admettroit pas cette conciliation, et qu'Africain auroit été véritablement d'un sentiment contraire au nôtre, ce sentiment d'Africain, qui se trouve rapporté dans le Digeste incidemment à une autre question, doit céder aux décisions formelles des autres jurisconsultes, en la loi 7, et en la loi 8, ff. *de peric. et comm. r. v.*, et aux décisions des empereurs; savoir, d'Alexandre, en la loi 1, et de Gordien, en la loi 4, *Cod. dict. tit.*, et enfin de Justinien, dans ses *Instit. de empt. vend.* §. 4, qui dit précisément : *Emptoris damnum est, et* TENETUR PRETIUM SOLVERE.

309. Après avoir établi que la chose vendue devient aux risques de l'acheteur aussitôt que le contrat de vente a reçu sa perfection, il faut discuter quand est-ce que le contrat a reçu cette perfection.

Ordinairement le contrat de vente est censé avoir reçu sa perfection aussitôt que les parties sont convenues du prix pour lequel la chose seroit vendue. Cette régle a lieu lorsque la vente est d'un corps certain, et qu'elle est pure et simple : *Si id quod venierit appareat quid, quale quantumve sit, et pretium, et purè venit; perfecta est emptio;* l. 8, ff. *de peric. et comm. r. vend.*

Si la vente est de ces choses qui consistent *in quantitate*, et qui se vendent au poids, au nombre ou à la mesure, comme si l'on a vendu dix muids de blé de celui qui est dans un tel grenier, dix milliers pesant de sucre, un cent

de carpes, etc., la vente n'est point parfaite que le blé n'ait été mesuré, le sucre pesé, les carpes comptées; car jusqu'à ce temps, *nondùm apparet quid venierit.* Il n'est pas encore constant quel est le blé, quel est le sucre, quelles sont les carpes qui font l'objet de la vente, puisque ce ne doit être que le blé qui aura été mesuré, le sucre qui aura été pesé, les carpes qui auront été comptées.

Il est vrai que dès avant la mesure, le poids, le compte, et dès l'instant du contrat, les engagements qui en naissent, existent. L'acheteur a dès-lors action contre le vendeur pour se faire livrer la chose vendue, comme le vendeur a action pour le paiement du fruit en offrant de le livrer. Mais quoique l'engagement du vendeur subsiste dès-lors, il est vrai de dire qu'il n'a pas encore toute sa perfection, en ce sens qu'il n'a encore qu'un objet indéterminé, et qui ne doit devenir déterminé que par la mesure, le poids ou le compte. Ce n'est donc que depuis qu'on aura fait cette mesure, ce poids, ce compte, que la chose vendue peut devenir aux risques de l'acheteur; car les risques ne peuvent tomber que sur quelque chose de déterminé.

Cette décision a lieu non seulement lorsqu'on a vendu une certaine quantité de marchandises à prendre dans un magasin où il peut y en avoir davantage, parcequ'en ce cas, comme nous venons de le dire, jusqu'à ce que la mesure ou le poids en ait été fait, ce qui a été vendu ne consiste encore en aucun corps déterminé sur lequel le risque puisse tomber; elle a aussi lieu dans le cas où l'on auroit vendu tout ce qu'il y a dans un magasin, dans un grenier, si la vente en a été faite à raison de tant par chaque millier, par chaque muid de blé, etc.

. La vente en ce cas n'est point censée parfaite, et les marchandises vendues ne sont point aux risques de l'acheteur, jusqu'à ce qu'elles aient été mesurées ou pesées; car jusqu'à ce temps, *non apparet quantùm venierit.* Le prix n'étant constitué que pour chaque millier qui sera pesé, chaque muid qui sera mesuré, il n'y a point encore de

prix déterminé avant la mesure ou le poids; et par conséquent la vente avant ce temps n'est point assez parfaite pour que le risque des choses vendues puisse concerner l'acheteur : il n'en doit être chargé qu'après que les marchandises auront été pesées ou mesurées.

Mais si ces choses n'ont pas été vendues au poids ou à la mesure, mais *per aversionem*, c'est-à-dire en bloc pour un seul et même prix; en ce cas la vente est parfaite dès l'instant du contrat, et dès ce temps ces choses, de même que toutes les autres, sont aux risques de l'acheteur. Tous ces principes sont tirés de la loi 35, §. 5, *de cont. empt.*

310. La chose vendue, dès le moment du contrat, étant aux risques de l'acheteur, lorsqu'elle est vendue *per aversionem;* cette chose demeurant au contraire aux risques du vendeur jusqu'à ce que le mesurage en ait été fait, lorsqu'elle est vendue *à la mesure*, il est intéressant de savoir quand la vente est censée faite *per aversionem*, et quand elle est censée faite à la mesure. Les régles suivantes le feront connoître.

Première règle. Il n'est pas douteux que la vente est faite *à la mesure* lorsque le prix est expressément convenu pour chaque mesure, soit que le contrat porte qu'on vend tant de muids de blé qui sont dans tel grenier, à raison de tant par muid, soit qu'il porte qu'on vend un tas de blé qui est dans un tel grenier, qui contient dix muids, à raison de tant le muid. Dans l'un et l'autre cas la vente est faite à la mesure. Toute la différence est que, dans le premier cas, le surplus de ce qui se trouveroit au-delà des dix muids n'est pas vendu, au lieu que dans le second cas tout le tas de blé est vendu, quoiqu'il se trouve plus de dix muids.

Seconde règle. Lorsqu'on vend tant de mesures d'une telle chose, la vente ne laisse pas d'être censée faite à la mesure, quoique les termes du contrat n'expriment qu'un seul prix; comme lorsqu'il est dit qu'on vend dix muids de blé pour 500 liv., ce prix étant censé n'être que le total des prix pour lesquels chaque muid est vendu : *Non in-*

terest unum pretium omnium metretarum an semel dictum sit, an in singulos eos; d. l. 35, §. 7, *de contr. empt.*

Troisième règle. Lorsqu'on vend pour un seul prix, non tant de mesures d'une telle chose, mais une telle chose qu'on dit contenir tant de mesures, la vente est faite *per aversionem*, comme lorsqu'il est dit qu'on vend pour la somme de 1,000 liv. un tel pré qu'on assure être de la contenance de vingt arpents; et en conséquence la chose est, dès le moment du contrat, aux risques de l'acheteur; l. 10, §. 1, *de per.* L'expression du nombre des arpents n'a d'autre effet en ce cas que d'obliger le vendeur à faire raison à l'acheteur du défaut de contenance, s'il s'en trouve moins, comme il a été dit *suprà, part.* 2.

311. Il y a de certaines choses qui se vendent à la charge de les goûter, comme du vin, de l'huile, etc. Ces ventes sont encore moins parfaites du côté de l'acheteur, jusqu'à ce que les choses vendues aient été goûtées, que ne le sont les ventes des choses faites à la mesure, jusqu'à ce qu'elles aient été mesurées; car dans celle-ci, dès l'instant du contrat, il ne dépend plus de l'acheteur que la vente n'ait pas lieu. Dès avant que les marchandises aient été pesées ou mesurées, il est aussi obligé que le vendeur à exécuter le marché; et le poids et la mesure n'interviennent que pour déterminer et fixer ce qui a été vendu; au lieu que dans les ventes faites à la charge du goût, l'acheteur peut ne pas exécuter le marché, s'il ne trouve pas la marchandise à son goût: *Alia causa degustandi, alia metiendi, gustus ad hoc proficit ut improbare liceat;* l. 34, §. 5, ff. *de contr. empt.* Ces ventes sont donc, jusqu'à la dégustation, encore plus imparfaites que celles faites au poids et à la mesure; et par conséquent dans ces ventes, les choses vendues ne doivent point être aux risques de l'acheteur, jusqu'à ce qu'il ait été constitué en demeure de faire cette dégustation.

Dans l'usage de nos tribunaux, différent du droit romain, il faut, pour que l'acheteur soit constitué en demeure, que le vendeur ait obtenu sentence qui ordonne

que l'acheteur fera la dégustation dans tel jour; sinon et faute de ce, que le marché sera exécuté purement et simplement.

Observez aussi qu'il faut distinguer si l'acheteur a stipulé qu'il goûteroit la marchandise pour savoir si elle est à son goût, ou seulement pour connoître si elle est bonne, loyale, marchande et non gâtée. Ce n'est que dans le premier cas qu'il peut ne pas tenir le marché, en déclarant, après qu'il l'aura goûtée, qu'il ne la trouve pas à son goût; dans l'autre cas, il ne peut refuser la marchandise si elle se trouve bonne.

312. Lorsqu'une vente a été contractée sous condition, la perte qui arrive par la détérioration de la chose pendant le temps intermédiaire entre le contrat et l'existence de la condition, tombe sur l'acheteur si la condition vient à exister; car le vendeur n'est tenu de la livrer que telle qu'elle se trouve, lorsque ce n'est point par sa faute qu'elle a été détériorée.

Mais la perte totale de la chose tombe sur le vendeur; car la condition qui existeroit après la perte totale de la chose ne peut pas confirmer la vente de ce qui n'est plus.

313. Dans les ventes alternatives, soit que le choix ait été laissé au vendeur, soit qu'il ait été expressément accordé à l'acheteur, la première des deux choses qui vient à périr depuis le contrat, périt pour le vendeur; car celle qui reste demeure *in obligatione*, il est obligé de la livrer. Mais si celle qui reste vient aussi à périr, elle périt pour l'acheteur, qui demeure obligé au paiement du prix, quoiqu'il ne reste aucune des choses vendues qui lui puisse être livrée.

Voyez ce que nous avons dit des obligations alternatives, *en notre Traité des obligations*, *part.* 2, *chap.* 2, *art.* 6.

Si elles périssent en même temps, le vendeur est pareillement libéré de son obligation, et l'acheteur demeure débiteur du prix; l. 34, §. 6, ff. *de contr. empt.*

CINQUIÈME PARTIE.

De l'exécution et de la résolution du contrat de vente.

CHAPITRE PREMIER.

De l'exécution du contrat de vente, et particulièrement de la tradition ou délivrance de la chose vendue.

Le contrat de vente s'exécute de la part de l'acheteur, par le paiement qu'il fait au vendeur de la somme convenue.

Il s'exécute de la part du vendeur, par la tradition ou délivrance de la chose vendue.

ARTICLE PREMIER.

Des différentes espèces de tradition.

314. La tradition est réelle ou feinte.

La tradition réelle se fait lorsque l'acheteur est mis en possession réelle de la chose vendue.

Posséder, c'est tenir une chose par soi, ou par un autre qui la détienne en notre nom; *est corporaliter rei insistere, vel per se, vel per alium.*

La tradition feinte est celle par laquelle l'acheteur est feint d'être mis en possession de la chose vendue, quoique la chose reste par-devers le vendeur.

Cette fiction résulte de la clause de constitut, par laquelle le vendeur se constitue tenir la chose au nom de l'acheteur. Par cette clause l'acheteur est censé comme

prendre possession de la chose vendue par le ministère du vendeur, qui dès-lors est censé ne la plus posséder en son nom, mais la tenir au nom de l'acheteur.

Dans notre coutume d'Orléans, la simple clause de *dessaisine saisine* qui s'insère dans les actes qui se passent par-devant notaires, a le même effet que la précédente, et équipolle à tradition, suivant l'article 278.

Si le vendeur s'étoit retenu l'usufruit de la chose vendue, cette rétention d'usufruit équipolleroit aussi à tradition; car comme on ne peut être usufruitier de sa propre chose, le vendeur, en se rendant usufruitier, déclare suffisamment qu'il ne possède plus la chose comme sa propre chose; qu'il ne la possède plus en son nom, mais au nom de l'acheteur de qui il la tient à titre d'usufruit; l. 28, *Cod. de donat.*

Il en est de même lorsque par le contrat de vente l'acheteur fait au vendeur un bail à loyer ou à ferme de l'héritage vendu : ce bail tient lieu de tradition; car le vendeur ne tenant plus l'héritage comme une chose à lui appartenante, mais comme fermier ou locataire de l'acheteur, il cesse de le posséder, et l'acheteur commence à le posséder par son ministère : *Nam possidemus per colonos aut inquilinos nostros;* l. 25, §. 1, ff. *de acquir. posses.*

Lorsque la chose vendue est par-devers l'acheteur qui la tenoit du vendeur à titre de loyer, ou de prêt à usage, ou de dépôt, ou autrement, le seul consentement du vendeur et de l'acheteur, que l'acheteur la possède dorénavant en son nom et comme propriétaire, tient lieu de tradition. Il a plu aux docteurs d'appeler cette tradition, *traditio brevis manûs*, parceque, disent-ils, *nihil brevius hâc traditione.*

Dans les choses de grand poids, la permission que donne le vendeur à l'acheteur, ou à quelqu'un venu de sa part, de l'enlever, tient lieu de tradition lorsque cette permission se donne *in re præsenti.* L'acheteur, ou celui qui est envoyé de sa part, avant que de s'être mis en devoir de l'enlever, est censé, par cette permission qui lui est don-

née, prendre possession de la chose *oculis et affectu;* l. §. 21, ff. *de acq. pos.*

315. Toutes les espèces de traditions feintes dont il a été parlé jusqu'à présent, se font *nudâ voluntate*, par le seul consentement des parties. Il y en a qui s'opèrent par le moyen et l'intervention de quelque symbole, et qui pour cet effet s'appellent *traditions symboliques.*

Par exemple, la remise des clefs d'une maison ou autre édifice, faite par le vendeur à l'acheteur, tient lieu de la tradition de cette maison; la remise des clefs étant le symbole de la tradition réelle; l. 9, §. 6, ff. *de acquir. rer. dom.*

Il en est de même des clefs du grenier ou magasin où sont les choses vendues. La remise des clefs tient lieu de tradition desdites marchandises. Papinien, en la loi 47, ff. *de contrah. empt.*, veut, pour que cette remise des clefs équipolle à la tradition de la chose, qu'elle se fasse *in re præsenti, apud horrea.* Je pense que selon nos usages, cela n'est pas nécessaire. C'est l'avis de Tiraqueau, *de jure contest. poss. p. 2.*

La remise des titres passe aussi pour une tradition symbolique de la chose; l. 1, *Cod. de donat.*

316. La marque que l'acheteur met aux tonneaux ne tient pas lieu de la tradition; elle est censée mise *magìs ne summutentur*; l. 1, ff. *de peric. rei vend.*

Secùs in rebus magni ponderis; l. 14, §. 1, ff. *d. tit.*

317. Les choses incorporelles *quæ in jure consistunt*, *quæ tangi non possunt*, qui ne tombent pas sous les sens, ne pouvant pas être proprement possédées, il s'ensuit qu'il ne peut pas y avoir, par rapport à ces choses, de tradition réelle et proprement dite. Mais comme à l'égard de ces choses la jouissance tient lieu de possession, c'est par rapport à ces choses une espèce de tradition, lorsque le vendeur souffre que l'acheteur en jouisse : *Usus et patientia in rebus corporalibus pro traditione est.*

Par exemple, si j'ai vendu au propriétaire de l'héritage voisin du mien, le droit de faire paître ses bestiaux sur

mon héritage, la tradition de ce droit de servitude sera censée s'être faite lorsque le voisin aura commencé, de mon consentement, à user du droit de servitude que je lui ai vendu, en faisant paître ses bestiaux sur mon héritage.

Dans la vente des créances et des actions, c'est la signification du transport que l'acheteur fait au débiteur, qui tient lieu de tradition de la créance vendue, ainsi que nous le verrons plus bas, partie suivante.

318. Lorsque le vendeur n'est pas lui-même en possession de la chose qu'il vend, il est évident qu'il ne peut faire aucune tradition réelle ni feinte de cette chose; car la tradition étant *datio possessionis*, le vendeur qui n'a pas lui-même la possession de la chose qu'il vend, ne peut la donner à l'acheteur; *Nemo dat quod non habet.* Il ne peut en ce cas que subroger l'acheteur au droit qu'il a de revendiquer la chose. La demande que donne l'acheteur en conséquence de cette subrogation, ne le saisit que du droit de revendiquer, et non de la chose revendiquée qui lui a été vendue : ce n'est que le délais qui lui est fait sur cette demande, qui le saisit de cette chose, et qui lui en fait acquérir la propriété, en lui en faisant passer la possession.

ARTICLE II.

De l'effet de la tradition.

319. Lorsque le vendeur est propriétaire de la chose vendue, et capable de l'aliéner; ou s'il ne l'est pas, lorsqu'il a le consentement du propriétaire, l'effet de la tradition est de faire passer en la personne de l'acheteur la propriété de la chose vendue, pourvu que l'acheteur en ait payé le prix, ou que le vendeur ait suivi sa foi.

Le contrat de vente ne peut pas produire par lui-même cet effet. Les contrats ne peuvent que former des engagements personnels entre les contractants : ce n'est que la tradition faite en conséquence du contrat qui peut transférer la propriété de la chose qui a fait l'objet du contrat,

suivant cette régle : *Traditionibus, non nudis conventionibus dominia transferuntur*; l. 20, *Cod. de pact.*

320. De là il suit que si le propriétaire d'une chose, après l'avoir vendue à un premier acheteur sans la lui livrer, avoit la mauvaise foi de la vendre et livrer à un second, ce seroit à ce second acheteur que la propriété seroit transferée ; *l. quoties*, 15, *Cod. de rei vindic.* Le premier n'auroit qu'une action personnelle contre le vendeur pour ses dommages et intérêts résultants de l'inexécution du contrat ; et il ne pourroit la répéter contre le second acheteur qui l'auroit achetée de bonne foi, *inscius prioris venditionis.*

321. De là il suit pareillement que les créanciers du vendeur peuvent saisir la chose que leur débiteur a vendue, avant qu'il l'ait livrée, quand même l'acheteur en auroit payé le prix ; l'acheteur, en ce cas, n'a qu'une action contre son vendeur, et n'a aucun privilége sur cette chose.

Mais si une fois la tradition en a été faite, la propriété ayant passé à l'acheteur, les créanciers du vendeur ne peuvent plus saisir cette chose, qui n'appartient plus à leur débiteur. Les créanciers hypothécaires ont seulement en ce cas l'action hypothécaire contre l'acheteur ou autre possesseur, si c'est un immeuble. A l'égard des meubles, ils n'ont pas de suite par hypothéque, sauf en un cas auquel un locataire ou fermier auroit vendu des meubles exploitants la maison ou métairie qu'il tient à loyer ou à ferme ; auquel cas la coutume permet au propriétaire de la maison ou métairie de suivre ces effets, qui sont son gage : mais il n'a pour cette suite qu'un temps court de huitaine, si c'est une maison ; ou le temps de quarante jours, si c'est une métairie que ces meubles exploitent.

Les créanciers, même chirographaires, peuvent aussi en un cas suivre les meubles de leur débiteur, qui ont été livrés à l'acheteur, savoir, lorsque leur débiteur, étant insolvable, les a vendus en fraude, et que l'acheteur a été

participant de la fraude, ayant eu connoissance de l'insolvabilité de son vendeur; *tit.* ff. *his quæ in fraud. cred.*

322. C'est une question agitée entre les auteurs, si la tradition feinte qui a été faite à l'acheteur, doit à cet égard avoir le même effet que la tradition réelle qui lui auroit été faite, et si elle est censée lui avoir transféré la propriété, même vis-à-vis des tiers. Supposons, par exemple, que la chose est à la vérité demeurée par-devers le vendeur, et que l'acheteur n'en a pas été mis en possession réelle, mais que le contrat de vente portoit une clause par laquelle il étoit dit que le vendeur s'est dessaisi de la chose vendue, et en a saisi l'acheteur, déclarant qu'il la tenoit dorénavant au nom et pour l'acheteur; ou bien qu'il y eût une clause par laquelle il fût dit que le vendeur retenoit la chose comme la tenant de l'acheteur à titre de ferme, pour une certaine somme par chacun an. On demande si dans ce cas l'acheteur sera bien fondé à revendiquer la chose, soit contre des créanciers qui l'auroient saisie entre les mains du vendeur, soit contre un second acheteur à qui le vendeur l'auroit depuis livrée, et qui s'en trouveroit en possession réelle. Charondas, en ses réponses, décide en faveur du second acheteur; et il cite pour son opinion deux arrêts, l'un de 1498, l'autre de 1569. Belordeau, *liv.* 1, *chap.* 18, cite aussi pour la même opinion deux arrêts de son parlement de Bretagne. Leur raison est, que ces traditions feintes ne consistant dans aucun fait extérieur, mais dans une simple convention intervenue entre le vendeur et le premier acheteur, elles ne peuvent avoir la vertu et l'efficacité d'être réputées, au moins vis-à-vis des tiers, avoir transféré la propriété de la chose vendue au premier acheteur, suivant la régle, *Traditionibus, non nudis conventionibus dominia rerum transferuntur;* l. 20, *Cod. de pact.* Les conventions ne devant avoir d'effet qu'entre les personnes qui y sont parties, les traditions feintes qui ne résultent d'aucun fait extérieur, mais de la convention des parties, ne peuvent être réputées avoir, vis-à-vis des tiers, transféré la propriété.

Au contraire Gui Pape, *décis.* 112, soutient que la tradition feinte transfère aussi réellement et aussi véritablement le domaine et la propriété d'une chose que la tradition réelle, même vis-à-vis des tiers. Par la tradition feinte qui résulte de la clause de rétention d'usufruit, ou de la clause de rétention de la chose à titre de ferme ou loyer, ou même par la simple clause de constitut, l'acheteur prend véritablement possession de la chose qui lui est vendue; et par cette prise de possession il en acquiert véritablement la propriété : car nous pouvons acquérir la possession et la propriété d'une chose non seulement par nous-mêmes, mais par le ministère d'une autre personne qui en prend possession en notre nom : *Animo nostro, corpore etiam alieno possidemus;* l. 3, §. 12, ff. *de acquir. posses. Generaliter quisquis nostro nomine sit in possessione, nos possidere videmur;* l. 9, ff. *d. tit.* Or, par ces clauses, le vendeur prend possession au nom de l'acheteur, de la chose qu'il lui vend. L'acheteur en acquiert donc la possession par le ministère du vendeur, de même qu'il l'acquerroit par le ministère de tout autre qui en prendroit possession pour lui. Cette tradition a donc le même effet que la tradition réelle, et doit pareillement transférer la propriété. En vain oppose-t-on la loi qui dit, *Non nudis conventionibus, dominia rerum transferuntur*, et que les conventions n'ont d'effet qu'entre les personnes qui y étoient parties; car cela est vrai des pures conventions : mais celles qui sont accompagnées de traditions feintes ne sont pas de simples et nues conventions; et il est expressément décidé en la loi 77, *de rei vindic.*, qu'une pareille tradition feinte, résultante d'une rétention d'une chose à titre de ferme par le donateur, avoit mis le donataire en possession, et lui avoit transféré la propriété de la chose, et en conséquence le droit de revendiquer. De tous ces principes, Gui Pape conclut qu'un premier acheteur à qui on n'a fait qu'une tradition feinte de la chose qui lui a été vendue, peut la revendiquer contre un second acheteur qui en auroit la possession réelle; et il atteste que c'est la jurisprudence constante de son parlement de Dauphiné.

Je crois cette seconde opinion plus véritable avec cette limitation, pourvu que la preuve de la tradition soit établie par un acte authentique; ou, si l'acte est sous signature privée, pourvu que l'antériorité de la date à la tradition réelle faite au second acheteur, ou à la saisie faite par les créanciers du vendeur, soit suffisamment constatée; *putà*, par la mort de quelqu'une des parties qui l'ont souscrite.

323. Il est particulier à la tradition qui se fait en exécution du contrat de vente, qu'elle ne transfère la propriété à l'acheteur que lorsque le vendeur a été payé ou satisfait du prix; *Instit. tit. de rer. divis.* §. 41.

La raison est que le vendeur qui vend au comptant, est censé n'avoir volonté de transférer la propriété que sous cette condition. Mais lorsque le vendeur a bien voulu faire crédit du prix à l'acheteur, la tradition qui lui est faite de la chose, lui en transfère la propriété avant qu'il en ait payé le prix. C'est pourquoi après que Justinien a dit, *Venditæ et traditæ res non aliter emptori acquiruntur quàm si is venditori pretium solverit, vel ei alio modo satisfecerit*, etc. il ajoute: *Sed si is qui vendiderit, fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri;* d. §. 41.

324. Lorsqu'il y a un terme accordé expressément par le contrat pour le paiement du prix, la volonté que le vendeur a eue de faire crédit ne peut être équivoque; il ne peut être douteux que la tradition faite en conséquence de ce contrat transfère la propriété à l'acheteur.

325. Lorsqu'il n'y a aucun terme porté par le contrat, la tradition de la chose, lorsque le vendeur n'a pas protesté expressément qu'il ne la faisoit qu'à la charge que l'acheteur paieroit incontinent, suffit-elle seule pour faire présumer que le vendeur a bien voulu suivre la foi de l'acheteur, et qu'en conséquence la tradition lui a transféré la propriété? Quelques docteurs ont soutenu l'affirmative. *Fabianus de Monte*, en son traité *de empt. vend.*, réfute fort bien cette opinion. L'acheteur qui soutient que le vendeur

a bien voulu lui faire crédit et suivre sa foi, doit le prouver. Le crédit ne se présume point : au contraire, dans les contrats synallagmatiques, chacun est présumé ne vouloir accomplir son engagement qu'autant que l'autre partie accomplira en même temps le sien. Si la tradition seule et par elle-même faisoit présumer ce crédit, ce seroit mal-à-propos que Justinien enseigneroit comme un principe particulier au contrat de vente, que la tradition des choses vendues n'en transfère pas la propriété, si le vendeur n'a suivi la foi de l'acheteur, puisqu'il seroit toujours présumé l'avoir suivie.

Mais si le vendeur, après avoir livré la chose, avoit laissé écouler un temps considérable sans en demander le prix, il est évident en ce cas qu'il a suivi la foi de l'acheteur; et par conséquent la propriété sera censée transférée par la tradition.

326. Lorsque le vendeur a vendu et livré la chose sans le consentement du propriétaire, il est évident qu'il n'a pu transférer à l'acheteur un droit de propriété qu'il n'avoit pas : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quàm ipse habet;* l. 54, ff. *de reg.* La tradition qui est faite à l'acheteur n'est pas pour cela sans effet. Si elle ne lui transfère pas la propriété, elle lui donne la possession civile de la chose; et cette possession civile, lorsqu'elle est accompagnée de bonne foi, donne à l'acheteur, 1° le droit de percevoir les fruits, sans obligation de les rendre au vrai propriétaire qui par la suite revendiqueroit la chose : 2° la possession de bonne foi, après une durée de dix ans, lorsque le propriétaire demeure dans la même province que le possesseur; ou après une durée de vingt ans, lorsqu'ils demeurent en différentes provinces, fait acquérir à l'acheteur la propriété de la chose que son vendeur n'avoit pu lui transmettre : ce qui s'appelle *prescription* ou *usucapion.*

On appelle *bonne foi*, l'opinion où est le possesseur que la chose appartenoit à celui de qui il l'a acquise, et qu'il avoit le pouvoir de l'aliéner.

Cette opinion se présume dans tout possesseur qui rapporte un titre de sa possession, à moins que le contraire ne paroisse.

Notre coutume d'Orléans n'admet point cette prescription de dix ou vingt ans, elle n'admet que celle de trente ans. Ces prescriptions ne courent pas contre les mineurs : il faut quarante ans pour prescrire contre l'église. *Voyez le Traité de la Prescription, part.* 2, *art.* 1 *et suiv.; et l'Introduction au titre* 14 *de la coutume d'Orléans, sect.* 1.

CHAPITRE II.

De la résolution du contrat de vente.

Le contrat de vente peut se résoudre par le consente- ment mutuel des parties contractantes, avant qu'il ait ét entièrement exécuté. Nous traiterons de cette espèce d résolution dans une première section.

Le contrat, même depuis qu'il a été entièrement exé cuté, peut être ou rescindé par quelque action rescisoire ou résolu pour l'avenir par quelque action résolutoire.

Il y a lieu aux actions rescisoires, ou pour cause de m norité, ou même, à l'égard des actes passés entre majeurs pour cause de violence, de dol, de lésion énorme, ou pou quelque autre juste cause.

L'action rescisoire pour cause de lésion énorme, c'est à-dire, d'outre moitié du juste prix, fera la matière de l seconde section de ce chapitre. Nous ne traiterons pas de actions rescisoires qui naissent des autres causes de resc sion. Ces actions n'ayant rien qui soit particulier au con trat de vente, nous en parlerons dans un traité des diff rentes actions. Observez que la rescision d'un contrat d vente peut être demandée non seulement par l'une de parties contractantes ou par ses héritiers, mais quelquefo par des tiers; comme lorsqu'une vente a été faite par u débiteur en fraude de ses créanciers; ou par un accus

de crime capital, en fraude de la confiscation. Dans ces cas les créanciers ou le seigneur à qui la confiscation appartient, ont une action révocatoire pour faire déclarer nul et frauduleux le contrat de vente, et répéter les choses vendues.

Le contrat de vente, par les actions rescisoires, est rescindé comme s'il n'avoit jamais été fait : les actions résolutoires ne le résolvent que pour l'avenir. Ces actions naissent des clauses résolutoires qui sont apposées au contrat. Quelquefois la clause résolutoire est apposée en faveur de l'acheteur, comme dans les ventes faites à l'essai, dont nous avons traité ci-dessus, *part.* 2, *ch.* 3, *art.* 3. Le plus communément elles sont apposées en faveur du vendeur. Les plus ordinaires sont la clause de réméré, dont nous traiterons dans la troisième section : celle par laquelle le vendeur stipule la résolution du contrat, s'il trouve dans un certain temps une condition plus avantageuse ; nous en traiterons dans une quatrième section : le pacte commissoire, dont nous traiterons dans la cinquième section. Nous examinerons dans une sixième section, si la seule inexécution du contrat, de la part de l'une des parties, est suffisante pour que l'autre partie en puisse demander la résolution.

SECTION PREMIÈRE.

De la résolution du contrat par le consentement mutuel des contractants.

327. Lorsque le contrat de vente n'a pas encore, ni d'une part ni de l'autre, reçu son exécution, il peut se résoudre de plein droit par le seul consentement des contractants; l. 5, §. 1, ff. *de rescind. vend.* Comme c'est le seul consentement des contractants qui l'a formé, il peut de même manière se résoudre par un consentement contraire.

Cela est conforme à cette belle règle de droit : *Nihil tam naturale est quàm eo genere quidque dissolvere quo colligatum est.... Ideò nudi consensûs obligatio contrario consensu*

dissolvitur; l 35, ff. *de reg. jur.;* et à la loi 80, ff. *de solut. Quùm emptio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.*

Il en est de même lorsque le contrat de vente n'a été suivi que d'une tradition feinte, qui ne consiste que dans la volonté des parties; car une volonté contraire la détruit. *Molin. in Cons. Pàr.* §. 78, *gl.* 1, *n.* 32 *et seq.*

328. Lorsque le contrat de vente d'une chose n'a été exécuté ni de part ni d'autre, les parties sont censées s'en désister, non seulement lorsqu'elles conviennent qu'il n'y aura rien de fait, mais aussi lorsqu'elles font entre elles un autre contrat de vente de la même chose. Cela arrive lorsqu'elles conviennent entre elles d'un prix différent, ou plus fort, ou moindre que celui de la première convention : elles sont en ce cas censées s'être désistées du premier contrat de vente, et en avoir fait un nouveau pour le prix porté par la nouvelle convention; l. 2, §. *de rescind. vend.*

Pareillement, si nous avons fait dépendre d'une certaine condition la vente que vous m'avez faite d'une chose, et que par une nouvelle convention vous me la vendiez purement et simplement; cette convention renferme un désistement de la première vente conditionnelle, et un nouveau contrat de vente pur et simple.

Quid, vice versâ, si par une première convention vous m'aviez vendu cette chose sans condition, et que par une seconde vous me la vendiez pour le même prix, au cas qu'un tel navire arrive à bon port? Paul, en la loi 7, ff. *de rescind. vend*, décide que cette seconde convention est de nul effet. Cujas en rend la raison. C'est, dit-il, *quia à priori perfecto contractu non receditur per imperfectum*, et parceque ce pacte par lequel les parties, *ex intervallo*, ajoutent une condition au contrat de vente, contracté purement et simplement, est, selon les principes du droit romain, un simple pacte, *quod prodesse non potest ad parandam aut tollendam obligationem.* Ces principes, qui s'écartent de la simplicité du droit naturel, n'ont pas lieu

parmi nous, et il n'est pas douteux que ce pacte a l'effet de faire dépendre le contrat de vente de la condition convenue par la nouvelle convention.

329. Lorsque le contrat de vente n'a reçu qu'une partie de son exécution, comme si la chose vendue a été livrée sans que le prix ait encore été payé, *aut vice versâ*, les parties peuvent encore, par leur consentement mutuel, se déporter du contrat. Mais cette convention n'efface pas le contrat de vente, comme dans l'espèce précédente; elle le résout seulement pour l'avenir, et donne une action à celui des contractants qui en avoit commencé l'exécution, pour répéter, soit la chose qu'il a livrée, s'il est le vendeur; soit le prix qu'il a payé, s'il est l'acheteur. Les lois romaines, qui ne donnoient pas en ce cas d'action (loi 2, *cod. quand. lic. ab. empt.*), parceque *ex nudo pacto non dabatur actio*, n'ont pas d'application parmi nous. De là il suit que lorsque, par une convention entre le vendeur et l'acheteur, l'acheteur qui a été mis en possession de l'héritage à lui vendu, et qui n'en a pas encore payé entièrement le prix, s'est désisté de son achat, et que le vendeur est rentré dans son héritage, il n'est pas dû un second profit; *Orléans, art.* 112 : car c'est un désistement de la vente qui en avoit été faite, plutôt qu'une nouvelle vente.

De là il suit pareillement, que si cet héritage étoit un héritage propre du vendeur, lorsqu'il l'a vendu, il ne deviendra pas un acquêt: mais il reprendra l'ancienne qualité de propre qu'il avoit; car le vendeur y rentre, non en vertu d'une vente qui lui en soit faite, mais par la résolution de celle qu'il en avoit faite : ce n'est pas une nouvelle acquisition qu'il fait; c'est une cessation de l'aliénation qu'il en avoit faite.

330. Mais si le contrat avoit été exécuté de part et d'autre, la convention par laquelle les parties convien-droient que l'acheteur rétrocéderoit au vendeur pour le même prix la chose vendue, ne seroit pas une résolution du contrat de vente qui a été fait de cette chose; car il

n'y a plus lieu de se désister d'un acte qui est entièrement consommé : *Non potest intelligi discessio, nisi ab eò quod cæptum et nondùm consummatum est.* C'est pourquoi il sera dû en ce cas un nouveau profit de vente, et l'héritage sera acquêt en la personne du vendeur à qui il a été rétrocédé ; *Molin*, §. 33, *gl.* 1, *n.* 19.

SECTION II.

De la résolution du contrat qui se fait pour cause de lésion énorme dans le prix.

331. Un des cas dans lesquels l'une des parties peut obtenir, malgré l'autre partie, la résolution et même la rescision entière du contrat de vente, est le cas auquel elle a souffert une lésion énorme.

Cela est conforme aux principes que nous avons établis dans notre Traité des obligations, *part.* 1, *ch.* 1, *art.* 3, §. 4. Nous y avons établi que l'égalité étant de la substance des contrats commutatifs, du nombre desquels est le contrat de vente, l'iniquité qui s'y rencontroit, et la lésion que l'une des parties souffroit, rendoient ces contrats vicieux, et sujets à rescision.

C'est en conséquence de ces principes que la loi 2, *Cod. de rescind. vend.*, accorde au vendeur une action rescisoire contre le contrat de vente, lorsqu'il a souffert une lésion qui excède la moitié du juste prix.

Nous traiterons de cette action dans un premier article; nous parlerons, dans le second, de celle que peut prétendre l'acheteur.

ARTICLE PREMIER.

De l'action rescisoire du vendeur en cas de lésion énorme.

Nous verrons sur cette action, 1° quelle en est la nature; 2° pour quelles choses et en quel cas il y a lieu à cette rescision; 3° comment et contre qui cette action peut être intentée; 4° de l'effet de cette action, et des

prestations respectives dont le vendeur et l'acheteur sont tenus sur cette action.

§. I. De la nature de l'action rescisoire du vendeur, pour cause de lésion.

332. L'action que la loi 2, *Cod. de rescind. vend.*, accorde au vendeur, est une action rescisoire aux fins de faire rescinder et déclarer nuls le contrat de vente, et l'aliénation qu'il a faite de sa chose, si mieux n'aime l'acheteur suppléer ce qui manque au juste prix; en conséquence de laquelle rescision, le vendeur, par cette action, revendique la chose, comme si elle n'avoit jamais cessé de lui appartenir.

Cette action est une action *utilis in rem et non directa;* car le vendeur qui a cette action rescisoire n'est plus, *in rei veritate*, le propriétaire de la chose qu'il a vendue; il en a transféré la propriété à l'acheteur, par la tradition qu'il lui en a faite avec la volonté de la lui transférer. Mais comme l'effet de cette action est de rescinder le contrat et l'aliénation ou translation de propriété qui s'est faite en conséquence, le vendeur qui a cette action, est, par une fiction de droit, réputé être toujours demeuré le propriétaire de l'héritage qu'il a vendu; et en conséquence il le revendique par cette action, comme une chose qui lui appartient, et que l'acheteur retient sans aucune cause, le contrat de vente, qui étoit le titre de l'acheteur, et la cause en vertu de laquelle l'acheteur le tenoit, étant rescindés.

333. L'objet de cette action étant de rescinder le contrat de vente, il s'ensuit que lorsque le vendeur a fait, sur cette action, prononcer la nullité du contrat, l'acheteur a le droit de répéter le prix qu'il a payé, de même que le vendeur a droit de répéter l'héritage; car le contrat de vente étant rescindé, il n'y a plus de cause qui puisse donner droit à l'un de retenir le prix, et à l'autre l'héritage : d'ailleurs il est de la nature de toutes les actions

rescisoires, que les parties soient remises au même état qu'elles étoient avant l'acte qu'on fait rescinder.

334. La rescision du contrat de vente à laquelle tend cette action, étant uniquement fondée sur l'iniquité énorme qui se trouve dans le contrat, il s'ensuit qu'il doit être laissé au pouvoir de l'acheteur d'arrêter l'effet de cette action, et d'empêcher la rescision du contrat, en purgeant cette iniquité par les offres auxquelles la loi ci-dessus citée l'admet, de suppléer ce qui manque au juste prix. Ce supplément ôte au vendeur tout sujet de se plaindre, et rend le contrat valable, pourvu qu'il ne renferme pas d'autre vice; car s'il est infecté de dol ou de violence, etc., les offres de suppléer le juste prix n'en peuvent empêcher la rescision.

335. Dumoulin, *in Consuet. Paris.* §. 33, *gl.* 1, *n.* 41, observe aussi que cette décision est particulière au contrat de vente, et ne doit pas s'étendre aux autres contrats commutatifs. Par exemple, dans un contrat d'échange, si je vous ai donné, en échange d'un héritage de 4,000 livres, un autre héritage qui vaut 10,000 liv., vous ne serez pas reçu à offrir, pour exclure mon action rescisoire, de me suppléer un retour de 6,000 liv.: car, par ce retour, le contrat d'échange dégénéreroit en un contrat de vente, contre la volonté des parties, qui ont eu intention d'échanger, et non de vendre.

336. Le juste prix qu'il est permis à l'acheteur de suppléer, n'est pas le prix que la chose vaut présentement, mais le prix qu'elle valoit au temps du contrat; l. 8, *Cod. de rescind. vend.* C'est une suite du principe que ce supplément est une réformation de ce qu'il y avoit d'inique dans le contrat.

337. C'est une question, si l'acheteur qui supplée le juste prix doit aussi les intérêts de ce supplément, du jour qu'il est entré en jouissance de la chose vendue. Cujas, *ad d. l.* 2, tient l'affirmative. La raison est que les intérêts du prix sont l'équivalent de la jouissance de

la chose. L'acheteur ne peut jouir tout à-la-fois de la chose et du prix; c'est pourquoi l'acheteur qui a eu toute la jouissance de la chose doit faire raison des intérêts de ce qui restoit à payer du juste prix; autrement il auroit tout à-la-fois la jouissance et de la chose et du prix jusqu'à concurrence de ce qui en restoit à payer, ce que l'équité ne permet pas. Nonobstant ces raisons, plusieurs auteurs ont embrassé l'opinion contraire. Ils se fondent sur ce que la loi 2 dit seulement, *vel si emptor elegerit, quod deest justo pretio recipias*, sans ajouter *cum usuris*. Elle n'assujettit donc point l'acheteur à ajouter à ce supplément les intérêts. A l'égard de l'objection tirée du principe que l'acheteur ne peut pas avoir tout à-la-fois la jouissance de la chose et celle du prix, on répond qu'il suit de là seulement qu'un acheteur qui n'a pas payé en total le prix qu'il doit, est tenu des intérêts de ce qui reste dû : mais dans notre espéce, l'acheteur qui a payé le prix convenu a payé tout ce qu'il devoit; il n'a commencé à devoir ce qui manquoit pour suppléer le juste prix, que depuis la réformation du contrat. Quoique le contrat de vente, en vertu duquel il jouissoit de l'héritage vendu, fût un titre vicieux; néanmoins, comme on ne doit pas facilement présumer qu'il ait connu ce vice, tant que le vendeur ne s'est pas plaint, et ne lui a pas fait connoître la lésion, il doit être réputé avoir été, jusqu'à ce temps, possesseur de bonne foi de l'héritage, et avoir eu en cette qualité le droit d'en avoir la jouissance, sans être obligé de la payer par les intérêts du supplément du juste prix. C'est l'avis de Despeisses, qui cite un arrêt de Grenoble rapporté par Expilli, qui a jugé que les intérêts du supplément n'étoient pas dus avant la demande. C'est aussi celui de Domat, *p.* 1, *l.* 1, *tit.* 2, *s.* 9.

Si la lésion étoit si fort au-dessus de la moitié du juste prix, que l'acheteur n'eût pu ignorer l'énormité de la lésion, ou que cela parût par d'autres circonstances, il ne

pourroit y avoir de difficulté sur les intérêts du supplément. Voyez *infrà*, §. 4, la question si l'héritage doit être rendu avec les fruits, qui est analogue à celle-ci.

A l'égard du for de la conscience, si les revenus que l'acheteur a perçus excèdent les intérêts de la somme qu'il a payée, il me paroît qu'il ne peut se dispenser de restituer l'excédant.

338. Il nous reste à observer sur la nature de l'action rescisoire, que cette action ayant pour objet la restitution de l'héritage vendu, lequel est une chose divisible, il s'ensuit que cette action est divisible; *Tr. des oblig.*, *n.* 287.

C'est pourquoi si le vendeur a laissé plusieurs héritiers, chacun d'eux ne peut intenter cette action, ni prétendre la restitution de l'héritage, que pour la part quant à laquelle il est héritier; et si ses cohéritiers ne se plaignent pas du contrat, l'acheteur est fort le maître de garder les autres parts, s'il le juge à propos.

Néanmoins, comme l'acheteur n'a acheté la chose que pour l'avoir en entier, et qu'il n'eût pas voulu l'acheter pour partie, l'acheteur, assigné par l'un des héritiers du vendeur aux fins de rescision du contrat de vente, pour la part du demandeur, peut, s'il le juge à propos, assigner les cohéritiers du demandeur à ce qu'ils aient à se régler entre eux pour reprendre l'héritage entier, et lui rendre le prix, sinon qu'il sera renvoyé de la demande. La raison est, qu'il est de la nature des actions rescisoires qu'on ne peut être reçu à les exercer qu'en remettant les parties dans le même état qu'elles étoient avant l'acte dont on demande la rescision, et que l'acheteur ne seroit pas remis au même état qu'il étoit avant le contrat de vente, s'il étoit obligé de garder une part de l'héritage qu'il n'eût pas voulu acheter seule. Si le cohéritier du demandeur, sur cette assignation, refuse de se joindre au demandeur pour exercer avec lui l'action rescisoire, il ne peut empêcher que le demandeur, en ce cas, soit

subrogé en ses droits pour l'exercer. Celui des héritiers qui veut l'exercer, pourroit même quelquefois faire ordonner contre son cohéritier, *judicio familiæ erciscundæ*, qu'elle sera exercée au profit et des deniers de la succession; savoir, dans le cas auquel il établiroit qu'il est de l'intérêt de la succession de l'exercer, et qu'il y a des deniers pour cela dans la succession.

Cet intérêt de la succession est susceptible d'examen; car l'héritage, depuis le contrat, a pu tellement être détérioré et diminué de prix sans la faute de l'acheteur, qu'il ne vaille pas aujourd'hui le prix pour lequel il a été vendu.

Observez que cette action rescisoire a dans la succession du vendeur la même qualité qu'y auroit eue l'héritage auquel elle doit se terminer, s'il ne l'eût pas vendu. C'est pourquoi si cet héritage étoit un propre, ce sont les héritiers aux propres de la ligne d'où il procédoit, qui doivent succéder seuls à cette action; *Introduction générale à la coutume d'Orléans*, *n.* 83; et ils sont seuls tenus à la restitution du prix envers l'acheteur, cette restitution du prix étant plutôt une charge de l'action rescisoire qu'une dette de la succession du vendeur.

Ce que nous avons dit de plusieurs héritiers, s'applique à plusieurs vendeurs qui auroient vendu ensemble par un même contrat, *et sub specie unitatis*, un héritage commun entre eux. Quoiqu'ils ne l'aient pas vendu solidairement, lorsqu'il y a eu lésion d'outre moitié dans la vente, l'un de ces vendeurs n'a, à la vérité, droit d'exercer l'action rescisoire que pour la part qu'il avoit dans l'héritage; mais l'acheteur peut, s'il le juge à propos, exiger qu'elle soit exercée pour le total.

Il en est autrement dans le cas auquel ces copropriétaires n'auroient pas vendu l'héritage *sub specie unitatis*, mais auroient vendu chacun leur portion dans cet héritage, quoique par même charte: en ce cas il y auroit autant de contrats de vente que de portions vendues, et

l'acheteur ne pourroit prétendre que la rescision de la vente de l'une de ces portions dût entraîner celle des autres portions.

339. Lorsque c'est l'acheteur qui a laissé plusieurs héritiers, il n'est pas douteux que le vendeur peut exercer l'action rescisoire contre l'un de ces héritiers, et pour la portion de cet héritier, sans l'exercer contre les autres; et il en est de même lorsque l'héritage a été vendu à plusieurs acheteurs.

§. II. En quels cas y a-t-il lieu à la rescision?

340. Pour qu'il y ait lieu à cette rescision, il faut, 1° que ce soit un héritage ou un droit immobilier qui ait été vendu, les ventes des choses mobiliaires n'étant pas sujettes à cette rescision, comme nous l'avons vu.

Dumoulin, *in Cons. Par.* §. 33, *gl.* 1, *n.* 47, excepte de cette régle les meubles précieux qui ne sont pas une marchandise dont le commerce soit ordinaire, telle que seroit une pierre précieuse ou quelque ouvrage d'orfévrerie, ou d'un autre art de quelque excellent artiste. Il excepte aussi de cette régle la vente d'une coupe de bois qui renferme le fruit de plusieurs années; et il désapprouve un arrêt qui avoit débouté un vendeur, en ce cas, de ses lettres de rescision. Ces exceptions souffrent beaucoup de difficulté, sur-tout dans les coutumes qui, comme celle d'Orléans, disent en termes formels, qu'*en aliénation de meubles, il n'y a lieu à la restitution.*

341. Il y a certaines ventes d'héritages et de droits immobiliers qui ne sont pas non plus sujettes à cette rescision: telles sont les ventes faites par décret. La foi publique sous laquelle sont faites ces ventes, les met hors de toute atteinte: d'ailleurs les enchères, les différentes remises qui s'observent dans ces ventes, établissent que l'héritage a été vendu tout ce qu'il pouvoit alors être vendu; d'où il suit qu'on ne peut guère dire qu'il a été vendu au-dessous du juste prix, le juste prix des choses n'étant autre chose que le prix qu'elles peuvent être vendues: *Justum pre-*

tum est quanti res vœnire potuit. Les coutumes d'Auvergne, de la Marche et de Bourbonnois en ont des dispositions; et Dumoulin, en ses notes sur celle-ci, observe que c'est le droit commun, quoique quelques docteurs étrangers soient d'avis contraire; mais quand il y a eu un contrat de vente, le décret volontaire qui l'a confirmé n'empêche pas que le contrat ne soit sujet à cette action; *Arrêt du* 14 *août* 1546, *cité par* Automne.

342. On a jugé aussi que la vente des droits successifs n'étoit pas sujette à cette rescision. Soëfve en rapporte un arrêt du mois de décembre 1654; Automne, *ad d. L.* 2, en cite un du 7 mai 1586, par lequel un batelier, qui avoit vendu pour trois cents écus la succession du bailli du palais, qu'on estimoit être de 4,000 liv. de rente, fut débouté de ses lettres. La raison est que la grande incertitude des droits successifs empêche qu'on ne puisse fixer le juste prix, et par conséquent qu'on puisse établir qu'ils ont été vendus au-dessous de la moitié du juste prix.

Cette décision souffre exception dans le cas de la vente qu'un héritier feroit de ses droits successifs à son cohéritier. Automne, *ad d. l.* 4, *Cod. de hœred. vend.*, rapporte un arrêt en robes rouges, qui a jugé une telle vente sujette à rescision, si mieux n'aimoit l'acheteur suppléer le juste prix. La raison est qu'un tel acte tient lieu de partage entre les héritiers, et que c'est dans les actes de partage, encore plus que dans d'autres, que l'égalité doit être observée. *Voyez notre Traité des obligations*, *n.* 35.

343. Despeisses, *p.* 1, *tit.* 1, 54, *n.* 8, rapporte entre les ventes qui ne donnent pas lieu à la rescision, la vente d'une chose qui n'appartenoit pas au vendeur. Il en conclut mal que le vendeur, pour fonder son action rescisoire, *doit prouver avoir été maître de la chose vendue.* En effet, de même que tout possesseur est présumé propriétaire de la chose qu'il possède, tant que le véritable propriétaire ne l'a pas réclamée, et n'a pas justifié de son droit; de même celui de qui il la tient est présumé avoir été propriétaire, et lui en avoir transféré la propriété, tant que le posses-

seur n'a pas souffert d'éviction. C'est pourquoi, lorsque vous m'avez vendu une chose, et que vous formez contre moi l'action rescisoire, vous n'avez pas besoin d'établir que vous en étiez le propriétaire : je ne puis être recevable à vous opposer que vous ne l'étiez pas; à moins que je ne prétendisse en avoir moi-même acquis la propriété par une autre cause que par la vente que vous m'en avez faite; et ce sera à moi à le justifier.

344. Pour qu'il y ait lieu à la rescision, il faut, 2° qu'il y ait eu par le contrat lésion dans le prix, de plus de moitié du juste prix; c'est-à-dire que la chose ait été vendue pour un prix moindre que n'est la moitié du juste prix. Par exemple, si le juste prix d'un héritage est de 20,000 liv., il faut qu'il ait été vendu pour un prix moindre que 10,000 livres, pour qu'il y ait lieu à la rescision.

Y ayant dans le juste prix, *pretium summum*, *medium et infimum*, pour qu'il y ait lieu à la rescision, suffit-il que l'héritage ait été vendu pour un prix moindre que la moitié du *pretium summum*? ou faut-il qu'il soit moindre que la moitié du *pretium infimum*? Par exemple, si le juste prix d'un héritage est de 18 à 20,000 liv., et que l'héritage n'ait été vendu que 9,500 livres, le vendeur sera-t-il reçu à cette action, parceque 9,500 liv. sont au-dessous de la moitié de 20,000 liv., qui est le *pretium summum*? ou en sera-t-il exclus parcequ'il n'est pas au-dessous de la moitié de 18,000 liv., qui est le *pretium infimum*? Il sembleroit que le prix doit être moindre que la moitié du *pretium infimum*; car le *pretium infimum* étant un juste prix, celui qui n'est pas moindre que la moitié de ce prix n'est pas au-dessous de la moitié du juste prix. Domat et quelques autres auteurs pensent au contraire, avec plus de raison, qu'il suffit qu'il y ait lésion au-dessous de la moitié du *summum pretium*, parceque cette rescision est très favorable. Il seroit peut-être plus exact de dire que le juste prix dont la loi parle, est le *pretium medium*, ce prix étant celui qui est proprement le juste prix, et qui en est comme le centre. C'est l'avis de Scaccia, *Tract. de Comm.*

345. Pour connoître si le contrat renferme une lésion suffisante pour donner lieu à la rescision, on ne doit avoir égard ni à l'état, ni à la valeur présente de l'héritage; mais on doit estimer ce que l'héritage valoit au temps du contrat, eu égard à l'état auquel il étoit alors, et au prix que valoient les héritages. C'est pourquoi cette estimation doit se faire par des experts qui aient eu connoissance de l'état auquel étoit l'héritage au temps du contrat.

346. Il suit de là, que dans l'estimation de l'héritage on ne doit pas avoir égard à la découverte d'un trésor ou d'une mine, faite depuis le contrat; car, jusqu'à cette découverte, l'héritage n'en a pas été plus précieux. Lorsque l'acheteur a acheté l'héritage ce qu'il valoit avant la découverte, et au temps du contrat, le vendeur n'a rien à prétendre. La découverte est une bonne fortune dont l'acheteur doit profiter, suivant la régle, *Cujus est periculum rei, eum et commodum sequi debet.* C'est l'avis de Fachin, 11, 20, qui cite les docteurs qui ont pensé pour et contre sur cette question.

Ce n'est que par une estimation d'experts qui aient eu connoissance de l'état de l'héritage au temps du contrat, qu'on doit juger s'il y a eu lésion d'outre moitié. La disproportion qui se trouveroit entre le prix pour lequel le vendeur auroit lui-même acquis l'héritage, et celui pour lequel il l'auroit vendu, quelque grande qu'elle fût, ne seroit pas seule et par elle-même une preuve suffisante de cette lésion; car il pourroit avoir lui-même acheté trop cher : *Ad rescindendam venditionem, hoc solum non sufficit quod magno pretio fundum comparatum, minoris distractum esse commemoras*; l. 4, *Cod. de resc. vend.*

Le juste prix d'un héritage pour la vente duquel il faut payer des droits seigneuriaux considérables, des droits de centième denier, etc., peut être considéré sous deux respects; ou vis-à-vis du vendeur, comme la juste valeur de ce que l'héritage vaut en soi, et au vendeur, à qui il ne coûte rien pour le retenir; ou vis-à-vis de l'acheteur, comme le prix pour lequel il doit être justement

vendu et acheté. Il est évident qu'il ne doit pas être vendu pour le prix entier qu'il vaut en soi, et que ce qu'il en coûte pour l'acquérir doit diminuer ce prix. Par exemple, en supposant qu'un héritage féodal sujet au profit de quint, en cas de vente, est en soi de la valeur de 20,000 livres, le juste prix pour lequel il doit être vendu ne doit être, eu égard à ce qu'il en coûte pour l'acquisition, qu'environ de 16,000 liv. De là naît une question; savoir si, pour qu'il y ait lieu à la rescision du contrat, il est nécessaire que le prix pour lequel il a été vendu soit au-dessous de la moitié du juste prix pour lequel il devroit être vendu. Par exemple, dans l'espéce proposée, faut-il qu'il soit au-dessous de 8,000 liv.? ou s'il suffit qu'il soit au-dessous de la moitié de ce que l'héritage valoit en soi, et par rapport au vendeur? c'est-à-dire, dans l'espéce proposée, suffit-il qu'il soit au-dessous de 10,000 livres? Dumoulin, *Tr. de usur.* 14, *n.* 173, cite un arrêt rendu en robes rouges, du 31 décembre 1557, qui a jugé que pour cette rescision il suffisoit que le prix fût au-dessous de la moitié de ce que l'héritage, au temps du contrat, valoit en soi, et par rapport au vendeur. Par exemple, dans l'espéce proposée, il suffit que l'héritage n'ait été vendu que 9,900 livres pour qu'il y ait lésion d'outre moitié. On n'a pas d'égard à ce qu'il en coûte à l'acheteur outre le prix de l'acquisition, pour les profits seigneuriaux, centième denier, etc.; car il n'en est pas moins vrai de dire que par le contrat de vente le vendeur a souffert une perte de plus de moitié de ce que l'héritage valoit par rapport à lui; et c'est vis-à-vis de lui et par rapport à lui que la lésion s'estime.

Mais si la charge ou le risque dont l'acheteur a été déchargé est une charge ou un risque dont auroit été tenu le vendeur s'il eût retenu l'héritage; par exemple, si l'héritage que j'ai vendu étoit en la possession d'un usurpateur, et que j'aie chargé l'acheteur de le revendiquer à ses risques et sans pouvoir m'appeler en cause; ou si je l'ai chargé d'une certaine espéce d'éviction; dans ce cas, pour régler si le prix du contrat est ou n'est pas au-dessus de la

moitié du juste prix, la somme à laquelle sera appréciée cette charge ou ce risque doit être ajoutée au prix principal, puisque le vendeur en profite, étant déchargé d'autant. *Despeisses*, *p.* 1, *tit.* 1, *s.* 4, *n.* 6.

347. Quoique la charge de souffrir le réméré, imposée à l'acheteur, soit une charge appréciable à prix d'argent, qui fait partie du prix, et qui doit entrer en ligne de compte, pour régler dans le for de la conscience si l'acheteur a acheté au-dessous du juste prix; néanmoins, lorsque la somme pour laquelle il a acheté, quoiqu'avec cette clause, est au-dessous de la moitié du juste prix que la chose vaut en soi, je pense, contre l'avis de Despeisses, *ibid.*, qu'en ce cas, dans l'estimation qui sera à faire pour régler s'il y a lieu à la rescision, on ne doit rien ajouter au prix pour raison de cette charge, qui, en ce cas, est de nul effet, et par conséquent de nulle valeur, puisque le vendeur, quand même elle n'auroit pas été ajoutée, n'en auroit pas eu moins le droit de rentrer dans son héritage, non pas, à la vérité, par l'action de réméré, mais, ce qui doit revenir au même, par une autre action, qui est l'action rescisoire.

348. 3° Pour qu'il y ait lieu à cette action rescisoire, il faut que le vendeur soit dans le temps de la restitution. Ce temps est de dix ans, comme celui de toutes les actions rescisoires pour lesquelles il faut prendre des lettres en chancellerie. Lorsque le vendeur a laissé quelque héritier mineur, ce temps ne court pas contre ce mineur pendant sa minorité.

349. On a agité la question de savoir s'il peut y avoir lieu à cette action lorsque la chose vendue a cessé entièrement d'exister sans le fait ni la faute de l'acheteur, de manière qu'il n'en reste plus rien; *putà*, si on a vendu un pré voisin d'une rivière, que la rivière ait entièrement emporté. Quelques docteurs, cités par Bruneman, *ad l.* 2, *Cod. de resc. vend.*, ont pensé que le vendeur pouvoit même en ce cas intenter cette action, et demander ce qui manquoit au juste prix. Le fondement de leur opinion est, qu'ils ont regardé l'obligation de l'acheteur qui a acheté un héritage

pour un prix au-dessous de la moitié du juste prix, comme une obligation alternative de la restitution de l'héritage, ou du supplément du juste prix. Or, c'est un principe que, lorsque l'une des deux choses dues sous une alternative cesse d'exister, la dette demeure dans celle qui reste. *Voyez notre Traité des obligations*, *n.* 250. D'où ils concluent que si l'héritage vendu a entièrement cessé d'exister, l'acheteur demeure débiteur du supplément du juste prix. Le principe qui sert de fondement à l'opinion de ces docteurs me paroît faux. L'obligation de l'acheteur n'est que d'une seule chose; savoir, de la restitution de l'héritage; il n'est en aucune manière débiteur du supplément du juste prix, ne s'étant jamais obligé qu'au prix porté par son contrat, et à rien de plus. Le choix que la loi lui donne de payer le supplément du juste prix, n'est qu'une faculté qu'elle lui donne de se rédimer de l'obligation de rendre l'héritage par le paiement de ce supplément. Ce supplément n'est que *in facultate solutionis et luitionis;* il n'est pas *in obligatione*. Or, suivant les principes établis en notre Traité des obligations, *n.* 244, lorsqu'une chose est due avec la faculté d'en pouvoir payer une autre à la place, l'obligation est entièrement éteinte par l'extinction de la chose qui étoit due, et elle ne subsiste plus dans celle que le débiteur pouvoit payer à la place.

Ajoutez que, dans cette espèce, quelque désavantageux que fût le contrat en lui-même, le vendeur, par l'événement, n'a pas lieu de s'en plaindre, mais plutôt de s'en féliciter, puisque, s'il n'eût pas fait cette vente, il auroit perdu la chose qu'il a vendue, et n'auroit pas eu le prix qu'il a reçu.

Ce sentiment, que nous avons embrassé, est celui d'Accurse et de Barthole, *ad d. l.;* de Covarruvias, *var. resol.*, *n.* 4; de Fachin, II, 18.

350. Il y a néanmoins deux cas dans lesquels le vendeur est recevable à demander la rescision du contrat pour cause de lésion d'outre moitié du juste prix, quoique la chose ait cessé d'exister sans le fait, ni la faute, ni la de-

meure de l'acheteur. Le premier cas est lorsque l'acheteur a revendu la chose pour un prix plus considérable qu'il ne l'avoit achetée. Le vendeur, en ce cas, a intérêt de faire statuer sur la validité du contrat; et il est par conséquent recevable à intenter l'action rescisoire; car en faisant déclarer le contrat nul, il a droit de répéter de l'acheteur la somme pour laquelle il a revendu la chose plus qu'il ne l'avoit achetée. La raison est, que le contrat étant rescindé, la chose est censée avoir toujours appartenu au vendeur, et n'avoir jamais appartenu légitimement à l'acheteur; d'où il suit que cet acheteur, en la revendant, est dans le même cas que celui qui vend la chose d'autrui, lequel ne doit pas profiter et s'enrichir du prix pour lequel il l'a vendue, comme nous l'avons vu *suprà*, 275, 276. Ce tempérament est suivi par Fachin, par Covarruvias, par Pulveus, et est rejeté mal-à-propos par Antoine Gomès, en son *Traité des Contrats*, *cap.* 2, *n.* 22.

351. Le second cas est celui auquel on auroit vendu, pour un prix au-dessous de la moitié du juste prix, une seigneurie utile reversible, dont il ne restoit plus que cinq ou six ans de jouissance. Le vendeur, après l'expiration du temps de cette jouissance, et la reversion accomplie, et par conséquent après que la chose vendue a cessé d'exister, ne laissera pas d'être reçu à intenter l'action rescisoire, à l'effet de répéter tous les fruits que l'acheteur a perçus, sous la déduction du prix que l'acheteur a payé, et des intérêts de ce prix.

La raison de cette décision est que, lorsqu'on vend une seigneurie utile reversible, ce sont les jouissances du temps qui en reste qu'on vend, plutôt que l'héritage même, dont le domaine direct appartient à celui à qui appartient le droit de reversion : d'où il suit que ces jouissances étant la chose vendue, l'acheteur qui les a perçues, et en a fait son profit, doit, dans le cas de cette action rescisoire, en faire raison au vendeur.

352. Lorsque c'est par le fait ou la faute de l'acheteur que l'héritage a péri; *putà*, si c'est pour avoir détruit, ou

pour n'avoir pas entretenu une digue, que la mer ou une rivière, dont il étoit voisin, l'a submergé et emporté; en ce cas, l'action rescisoire ne laisse pas d'avoir lieu contre l'acheteur, à l'effet qu'il soit condamné de rendre au vendeur la juste estimation de l'héritage, sous la déduction du prix qu'il en a payé. Cette décision est conforme à ce principe général sur la matière des obligations, que la dette d'un corps certain subsiste après l'extinction de la chose due, ou du moins se convertit en la dette de l'estimation de la chose, lorsque c'est par la faute du débiteur que la chose a péri. Suivant ce principe, l'acheteur qui a acheté un héritage pour un prix au-dessous de la moitié de sa valeur, étant débiteur de la restitution de cet héritage, il n'est pas libéré de cette dette, et il devient débiteur de l'estimation de l'héritage, à la place de l'héritage, lorsque c'est par sa faute qu'il est péri.

353. On a fait la question de savoir si le vendeur étoit recevable dans cette action rescisoire, non seulement lorsqu'il a ignoré, au temps du contrat, le juste prix de l'héritage qu'il a vendu, mais même dans le cas auquel il seroit établi qu'il en avoit alors une entière connoissance. Tous conviennent que celui qui vend un héritage au-dessous de la moitié de son juste prix, doit être facilement présumé en avoir ignoré le juste prix; et cette présomption empêche ordinairement qu'il n'y ait lieu à la question. Mais quand cette présomption cesse, et qu'il est clairement établi que le vendeur ne pouvoit ignorer la véritable valeur de son héritage lorsqu'il l'a vendu; comme quand c'est un héritage qu'il faisoit valoir par ses mains depuis un temps considérable, c'est le cas de la question. Pour la négative, on dit que les actions rescisoires sont établies en faveur de ceux qui ont été trompés en contractant; qu'on ne peut pas dire que ce vendeur ait été trompé en vendant au-dessous du juste prix, puisqu'il connoissoit la valeur de la chose qu'il vendoit: *Nemo sciens fallitur.* Si l'on n'est pas recevable à se plaindre du tort qu'on souffre par sa faute, suivant la règle de droit, *Quod quis culpâ suâ damnum sen-*

tit, non intelligitur sentire; l. 203, ff. *de R. J.;* à plus forte raison on ne le doit pas être à se plaindre de celui qu'on a bien voulu souffrir. Ce n'est pas même proprement un tort; car *volenti non fit injuria;* l. 1, §. 5, ff. *de injur.* C'est pourquoi lorsque quelqu'un, ayant connoissance de la valeur d'une chose qui lui appartient, la vend au-dessous de la moitié du juste prix, c'est une libéralité qu'il exerce envers l'acheteur, plutôt qu'un tort qui lui soit fait et dont il puisse se plaindre. C'est l'avis de Boërius, *Decis. Burdig.* 142, et de plusieurs docteurs par lui cités. L'opinion contraire, qui est celle de Covarruvias, *var. resol.* 11, 4, de Pinell, etc., me paroît préférable. La raison est que personne n'est facilement présumé vouloir donner son bien. C'est pourquoi lorsque quelqu'un a vendu un héritage au-dessous de la moitié de sa juste valeur, dont il a connoissance, il doit être présumé l'avoir fait plutôt pour se procurer de l'argent dans un pressant besoin, *urgente rei familiaris necessitate,* que dans la vue d'exercer une libéralité envers l'acheteur. Or, c'est une injustice de la part de l'acheteur de profiter du pressant besoin du vendeur, pour acheter à vil prix; et cette injustice doit donner lieu à la rescision du contrat. La maxime, *volenti non fit injuria*, n'a pas en ce cas d'application; car le vendeur étant présumé avoir été forcé, par le besoin pressant d'argent, à vendre l'héritage au-dessous de la moitié du juste prix, on ne peut pas dire que c'est de son plein gré qu'il a vendu au-dessous du juste prix.

354. S'il paroissoit que ce n'est pas le besoin d'argent qui a porté le vendeur à vendre au-dessous du juste prix; *putà*, si par le contrat il n'a reçu aucuns deniers, et qu'il ait souffert que l'acheteur lui constituât rente pour le prix; en ce cas, si l'on peut prouver qu'il a eu connoissance de la juste valeur de l'héritage, il en résulte qu'en vendant au-dessous du juste prix qu'il connoissoit, il n'a pu avoir d'autre intention que de gratifier l'acquéreur. C'est le vrai cas de la maxime, *volenti non fit injuria*, qui le rend non recevable à demander la rescision du contrat.

355. On fait encore une question, qui est de savoir s'il peut y avoir lieu à cette rescision lorsque par le contrat il y a une clause formelle par laquelle il est dit que le vendeur a renoncé au bénéfice de la restitution accordée par la loi 2, *Cod. de resc. vend.* Fachin, *contr.* 11, 20, dit que l'opinion commune, à laquelle il souscrit, est que le vendeur n'est pas en ce cas recevable à demander la rescision. La raison est, qu'il est permis à chacun de renoncer aux lois établies en sa faveur, et qui ne concernent qu'un intérêt particulier. Ainsi les cautions peuvent valablement renoncer à l'édit d'Adrien, qui leur accorde le bénéfice de division, et à la Novelle de Justinien, qui leur accorde le bénéfice de discussion : ainsi l'acheteur peut renoncer au droit de garantie qui lui est accordé par l'édit des Édiles; l. 31, ff. *de pact.* Nonobstant ces raisons, je pense qu'on peut décider que la renonciation à la restitution accordée par cette loi 2, est de nul effet; car l'erreur dans laquelle étoit le vendeur sur le prix de l'héritage, ou le pressant besoin qui l'a porté à vendre à vil prix, l'ont pareillement porté à faire cette renonciation que l'acheteur a exigée. C'est pourquoi il ne doit pas moins être restituable contre cette renonciation que contre le contrat de vente; autrement cette loi, si sagement établie afin de réprimer l'injustice et la cupidité de ceux qui profitent du besoin des autres pour les dépouiller de leurs biens, en les achetant beaucoup au-dessous de leur juste prix, deviendroit une loi illusoire qui seroit toujours éludée par ces injustes acheteurs, qui ne manqueroient pas de faire insérer dans le contrat une clause de renonciation à la loi; et elle deviendroit de style. C'est le sentiment de Covarr. *ibid.* Automne, *ad d. l.* 2, cite un arrêt de 1563, qui l'a ainsi jugé.

Si cette renonciation étoit faite par un acte postérieur au contrat, et qu'il n'y eût pas lieu de soupçonner qu'elle eût été convenue par le contrat; en ce cas elle seroit valable : ce seroit une renonciation volontaire que le vendeur auroit faite à un droit qui lui appartenoit, et dont il étoit le maître de disposer.

356. La clause qui seroit portée par le contrat de vente, que le vendeur fait donation à l'acheteur de ce que l'héritage vendu pourroit valoir de plus que le prix porté au contrat, ne seroit pas moins une voie d'éluder la loi, que la clause par laquelle on feroit renoncer l'acheteur à cette loi. Le pressant besoin qui auroit obligé le vendeur à vendre au-dessous de la moitié du juste prix, l'auroit obligé pareillement de consentir à toutes ces clauses. C'est pourquoi l'on n'y doit avoir aucun égard, sur-tout lorsque l'acheteur est une personne étrangère au vendeur, et qu'il ne paroît aucune raison pour laquelle le vendeur auroit voulu faire une donation. Automne, *ad d. l.* 2, cite un arrêt de 1557, qui a jugé selon notre opinion. Maynard en cite un autre du parlement de Toulouse.

§. III. Comment et par qui cette action peut-elle être intentée?

357. Le vendeur, pour intenter cette action, doit prendre des lettres de rescision; car en France les personnes capables de contracter ne peuvent être admises à revenir contre leur propre contrat que par l'autorité du prince, qui seul peut les relever de l'obligation qu'elles ont contractée.

Cette action est, comme nous l'avons vu *suprà, n.* 332, *actio utilis in rem;* elle doit s'intenter contre celui qui est en possession de l'héritage, soit que ce soit l'acheteur, soit que ce soit un tiers détenteur à qui cet héritage est passé.

§. IV. De l'effet de l'action rescisoire, et des prestations respectives dont le vendeur et l'acheteur sont tenus l'un envers l'autre sur cette action.

358. 1° L'acheteur doit être condamné à rendre au vendeur l'héritage qui lui a été vendu.

2° L'acheteur doit les fruits.

C'est une question, de quand il les doit. Cujas, *ad d. l.* 2, décide qu'il doit tous les fruits qu'il a perçus depuis qu'il est en possession de l'héritage, sous la déduction des intérêts du prix que le vendeur a reçu. La raison est que le contrat de vente, qui étoit le titre en vertu duquel l'ache-

teur a joui de l'héritage, étant annulé et rescindé par l'action rescisoire, l'acheteur se trouve avoir possédé l'héritage sans titre; et il ne peut par conséquent être réputé un véritable possesseur de bonne foi, à qui les fruits aient pu appartenir. On ajoute que dans la restitution pour cause de minorité, les lois décident que l'acheteur doit rendre tous les fruits qu'il a perçus; l. 27, §. 1, ff. *de minor.* A plus forte raison, dit-on, l'acheteur y doit-il être obligé dans le cas de la restitution pour lésion énorme: car plus la lésion est considérable, moins il doit y avoir lieu de décharger l'acheteur de compter des fruits, et d'en faire une compensation entière avec les intérêts du prix. C'est sur ce même principe que Cujas décide que l'acheteur, qui supplée le juste prix pour conserver l'héritage, doit les intérêts de ce supplément, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 337. Plusieurs autres docteurs, du nombre desquels sont Mynsinger, Fachin, Despeisses, etc. pensent, au contraire, que l'acheteur n'est tenu du rapport des fruits que du jour des offres que lui a faites le vendeur, sur l'action rescisoire, de lui restituer le prix; que ceux perçus jusqu'à ce temps doivent être entièrement compensés avec les intérêts du prix, quand même ces intérêts ne monteroient pas, à beaucoup près, à la valeur des fruits. Ils emploient pour preuve de cette décision à peu près les mêmes arguments dont ils se servent pour prouver que l'acheteur ne doit pas les intérêts du supplément du juste prix. Quoique le titre en vertu duquel cet acheteur possédoit ait été rescindé et annulé, cet acheteur, selon eux, ne laisse pas de devoir être réputé avoir été possesseur de bonne foi, parcequ'il suffit pour cela de posséder en vertu d'un titre apparent: *Justa opinio tituli æquipollet titulo; Arg. l. 4, princ. et* §. 2; *et l.* 9, ff. *pro leg.; et l.* 5, §. 1, ff. *pro suo.* Or le contrat de vente, en vertu duquel l'acheteur possédoit, et dont on doit présumer qu'il ignoroit le vice, étoit pour lui un titre apparent, jusqu'à ce que le vendeur se fût plaint, et eût fait connoître la lésion qui le rend vicieux. Si, dans la restitution pour cause de minorité, l'acheteur est tenu au

rapport des fruits, c'est qu'il devoit s'attendre à la rescision, ne pouvant ignorer qu'une vente faite par un mineur y est sujette; au lieu que dans le cas de la loi 2, n'ayant pas dû s'y attendre, on ne doit pas l'obliger à compter des fruits.

Si ces raisons doivent faire rejeter l'opinion de Cujas dans la thèse générale, au moins doit-elle être suivie lorsque la lésion est si fort au-dessous de la moitié du juste prix, que l'acheteur n'a pu ignorer le vice de son contrat; ou lorsque l'acheteur avoit été long-temps le fermier de l'héritage qu'il a acheté, ou que par quelque autre raison il est constant qu'il n'en a pu ignorer la valeur; car, dans tous ces cas particuliers, il devoit s'attendre à la rescision du contrat : il ne peut donc passer pour un possesseur de bonne foi.

359. Il reste à observer que l'acheteur, qui n'est pas obligé au rapport des fruits, ne laisse pas de devoir faire déduction du prix de ceux qui étoient pendants lors du contrat, sur le prix que le vendeur doit lui rendre; autrement il auroit tout à-la-fois et les fruits et le prix des fruits, qui fait partie du prix entier qu'on lui rend.

360. 3° L'acheteur doit rendre avec l'héritage tout ce qui est accessoire, sauf les fruits. C'est pourquoi, si depuis que l'acheteur est entré en possession il a été trouvé un trésor, le tiers qu'il a eu dans ce trésor, en sa qualité de propriétaire, et *jure fundi*, doit être rendu avec l'héritage au vendeur; car ce trésor est pour cette partie une espéce d'accessoire de l'héritage, et on ne peut pas dire que ce soit un fruit.

361. A l'égard des dégradations de l'héritage, il n'est pas douteux que l'acheteur contre qui on exerce l'action rescisoire doit faire raison de celles dont il a profité. Par exemple, s'il a abattu un bois de haute-futaie qu'il a vendu à un marchand, s'il a démoli un édifice dont il a vendu les matériaux, il n'est pas douteux qu'il doit faire raison de la somme qui lui est parvenue du fruit de cette futaie, ou de celui des matériaux.

Quant aux dégradations dont il n'a pas profité, et qui ont été causées par sa négligence, l'acheteur, qui peut être réputé avoir été possesseur de bonne foi, ne doit pas être tenu d'en faire raison; car il a pu négliger un héritage qu'il croyoit être parfaitement à lui, et qu'il ignoroit être sujet à restitution. S'il paroît au contraire qu'il n'a pu ignorer que son contrat étoit sujet à rescision, il doit en être tenu.

362. Le vendeur qui exerce l'action rescisoire doit, de son côté, rendre à l'acheteur le prix qu'il a reçu, et tout ce qui en fait partie.

A l'égard des intérêts du prix, lorsque l'acheteur n'est pas condamné au rapport des fruits, ils se compensent avec les fruits que l'acheteur retient. Si l'acheteur étoit condamné au rapport des fruits, ce ne pourroit être que sous la déduction des intérêts, tant du prix principal que de tout ce qui en fait partie, et qui a tourné au profit du vendeur.

363. Le vendeur doit aussi faire raison à l'acheteur des impenses qu'il a faites sur l'héritage.

Celles de pur entretien diminuent de plein droit les jouissances, qui ne sont estimées que sous la déduction de ces impenses, lorsque l'acheteur rapporte les jouissances; lorsqu'il ne les rapporte pas, on ne lui doit faire aucune raison desdites impenses.

A l'égard des autres impenses, quelques docteurs, cités par Fachin, 11, 20, ont pensé que l'acheteur ne pouvoit en exiger aucun remboursement du vendeur qui exerçoit l'action rescisoire, parcequ'il ne tenoit qu'à lui de ne pas perdre ces impenses, étant en son pouvoir de retenir l'héritage sur lequel il les a faites en suppléant le juste prix. Ce moyen n'a aucune solidité. Il peut se faire que la situation des affaires de l'acheteur ne lui permette pas de suppléer le juste prix pour pouvoir retenir la chose; doit-il pour cela perdre ces impenses, et le vendeur doit-il s'en enrichir et en profiter aux dépens de l'acheteur? C'est pourquoi cette opinion a eu peu de sectateurs.

364. Pour décider à quoi le vendeur est tenu envers

l'acheteur pour raison des impenses faites par l'acheteur, il faut en distinguer de trois espéces; les nécessaires, les utiles, et celles qui sont purement voluptuaires. Les nécessaires ne font pas de difficulté : le vendeur doit rembourser l'acheteur de ce qu'il lui en a coûté à cet égard. Néanmoins si l'acheteur, par son peu d'attention, avoit payé beaucoup plus qu'il ne falloit pour le prix des matériaux et des ouvrages, le vendeur, qui ne doit pas souffrir du peu de soin de l'acheteur, ne seroit tenu de le rembourser que jusqu'à concurrence seulement de ce qu'il en devoit coûter pour lesdites impenses.

Le vendeur doit rembourser ces impenses, quand même elles ne subsisteroient plus, dans le cas auquel elles étoient tellement nécessaires, que le vendeur n'eût pu se dispenser de les faire, s'il n'eût pas vendu son héritage; comme dans le cas auquel l'acheteur auroit reconstruit la bergerie d'une métairie, que le feu du ciel auroit consumée depuis : car le vendeur ne laisse pas d'être censé en profiter, en ce qu'il a conservé l'argent qu'il auroit employé à ces impenses qu'il eût été obligé de faire, s'il n'eût pas vendu son héritage : *Hactenùs locupletior videtur, quatenùs propriæ pecuniæ pepercit.*

365. Il n'en est pas de même des *utiles;* le vendeur, qui auroit pu se dispenser de les faire, n'est pas tenu d'en faire raison à l'acheteur, si elles ne subsistent pas au temps que s'exerce l'action rescisoire; et dans le cas auquel elles subsisteroient, il n'en est tenu que jusqu'à concurrence de ce que l'héritage s'en trouve alors plus précieux : car ce n'est que jusqu'à cette concurrence qu'il en profite, et ce n'est que parcequ'il en profite qu'il en est tenu; *Quùm æquum sit neminem cum alterius detrimento locupletari.*

Quelquefois même il est de la prudence du juge de ne pas assujettir le vendeur à rembourser à l'acheteur la somme dont les impenses utiles qui n'étoient nullement nécessaires ont augmenté le prix de l'héritage, et de permettre seulement en ce cas à l'acheteur d'enlever ce qui peut s'enlever. Cela doit avoir lieu lorsque les impenses

sont très considérables ; car il ne doit pas être au pouvoir de l'acheteur, en faisant des impenses trop considérables, que le vendeur pourroit n'avoir pas le moyen de rembourser, de mettre par ce moyen le vendeur hors d'état de pouvoir exercer son action rescisoire. D'ailleurs l'acheteur ne peut se plaindre, puisqu'il a la faculté de conserver l'héritage avec les améliorations qu'il y a faites, en suppléant le juste prix.

366. Il ne peut y avoir de difficulté par rapport aux impenses purement voluptuaires qui n'ont augmenté en rien le prix de l'héritage. Le vendeur n'est pas obligé d'en rien rembourser à l'acheteur; il doit seulement être permis à celui-ci d'enlever ce qui peut être enlevé.

367. Les impenses utiles dont le vendeur doit faire raison à l'acheteur, ne doivent s'estimer que sous la déduction des détériorations de l'héritage, qui procèdent du fait ou de la faute, quelle qu'elle soit, de l'acheteur, et que le vendeur eût pu éviter, s'il n'eût pas vendu l'héritage; car un héritage ne peut être censé amélioré qu'autant que les améliorations excèdent les détériorations.

368. Le vendeur doit aussi faire raison des intérêts des sommes auxquelles montent les impenses, soit nécessaires, soit utiles, dont il doit faire raison à l'acheteur, lorsque l'acheteur lui fait raison des jouissances; car puisqu'il profite du revenu qu'ont produit lesdites impenses, il est juste qu'il fasse raison à l'acheteur des intérêts du prix desdites impenses.

369. A l'égard des frais du contrat et autres semblables, que l'acheteur a faits pour l'acquisition, il n'est pas douteux qu'il n'en a pas de répétition, le vendeur n'étant obligé de rendre que ce dont il a profité.

370. Il nous reste à observer une différence entre les prestations du vendeur et celles de l'acheteur. Le vendeur peut contraindre précisément celui-ci à la prestation de tout ce dont il est tenu par cette action; au lieu que l'acheteur ne peut pas contraindre le vendeur à la prestation de ce dont le vendeur est tenu : il a seulement le

droit de retenir l'héritage jusqu'à ce que le vendeur ait satisfait, et de faire prononcer que faute par le vendeur de satisfaire dans un certain temps fixé par le juge, l'héritage lui demeurera irrévocablement.

371. Tout ce que nous avons dit sur les prestations respectives du vendeur et de l'acheteur, lorsque l'action rescisoire est intentée contre l'acheteur lui-même ou ses héritiers, reçoit application au cas auquel cette action seroit intentée contre un tiers détenteur.

Il n'est pas douteux que ce tiers détenteur doit restituer l'héritage au vendeur; car il n'y a de droit que celui qui lui vient de l'acheteur aux droits duquel il est; et ce droit est détruit par l'action rescisoire.

A l'égard de la restitution des fruits, dans les cas auxquels l'acheteur de qui le tiers détenteur tient l'héritage, en auroit pu être tenu, *suprà*, *n.* 358, ce tiers détenteur n'en est pas à la vérité directement tenu, lorsqu'il est possesseur de bonne foi, et qu'il a acquis l'héritage, croyant que celui de qui il l'acquéroit en étoit le propriétaire incommutable : à plus forte raison il n'est pas tenu directement du rapport des fruits qu'il n'a pas lui-même perçus, mais qui l'ont été par l'acheteur avant qu'il lui eût revendu l'héritage. Mais quoique le tiers détenteur ne soit pas tenu directement de la restitution de ces fruits, il est tenu indirectement, tant de ceux qui ont été perçus par lui, que de ceux qui l'ont été par l'acheteur, en ce qu'il est obligé d'en souffrir la déduction sur le prix qui doit lui être rendu par le vendeur. En effet, si ce tiers détenteur a le droit de répéter du vendeur le prix que le vendeur a reçu, ce n'est pas de son chef, puisque ce n'est pas lui qui le lui a payé; ce n'est que du chef de l'acheteur, qui, en lui vendant ou en lui donnant cet héritage, l'a subrogé à tous les droits qu'il avoit par rapport à cet héritage, et par conséquent au droit de s'en faire rendre le prix par le vendeur dans le cas où le vendeur feroit rescinder la vente qu'il en avoit faite : or l'acheteur n'a droit de répéter ce prix que sous la déduction des fruits; par conséquent le

tiers détenteur qui a ses droits, ne peut répéter le prix que le vendeur a reçu, que sous la déduction desdits fruits, suivant la régle de droit : *Qui alterius jure utitur, eodem jure uti debet.*

Il en est de même des dégradations dans les cas auxquels l'acheteur en est tenu, suivant ce que nous avons dit au *n.* 361. Le tiers détenteur qui est possesseur de bonne foi, n'est pas tenu directement des dégradations, lorsqu'il n'en a pas profité, soit qu'elles aient été faites par l'acheteur de qui il a acquis l'héritage, soit qu'elles aient été faites par lui-même ; mais il est tenu de souffrir la déduction du prix desdites dégradations sur le prix qui doit lui être rendu par le vendeur ; l'acheteur de mauvaise foi, aux droits duquel il est, n'ayant droit de répéter le prix de l'héritage que sous la déduction du prix des dégradations, tant de celles qui procédent de son fait que de celles qui procédent du fait de ses successeurs, desquels il est à cet égard responsable.

De tout ceci il résulte que la seule différence qu'il y a entre l'acheteur et le tiers détenteur, par rapport aux prestations de cette action, est que l'acheteur, lorsqu'il est de mauvaise foi, est tenu directement du rapport des fruits et des dégradations, et que le tiers détenteur n'en est tenu qu'indirectement: d'où il suit que si le prix, tant des fruits, qui doit être rapporté par l'acheteur, que des dégradations dont il est tenu, excédoit le prix qu'il a payé, et les intérêts de ce prix, l'acheteur, qui en est tenu directement, devroit être condamné, et pourroit être contraint au paiement de cet excédant; au lieu que le tiers détenteur n'y pourroit être condamné, puisqu'il n'est pas personnellement débiteur desdits fruits et desdites dégradations.

De là naît une différence qu'il doit y avoir dans la prononciation du jugement qui intervient sur cette action rescisoire. Lorsqu'il est rendu contre l'acheteur de mauvaise foi, il doit être condamné à rendre l'héritage, à rapporter les fruits, à faire raison des dégradations, à la

charge par le vendeur de lui rendre le prix et les intérêts. Mais lorsque le jugement est rendu contre un tiers détenteur qui a acquis de cet acheteur, ce tiers détenteur doit être condamné seulement à rendre l'héritage, à la charge par le vendeur de lui rendre le prix qu'il a reçu, et les intérêts, sous la déduction des fruits, et du prix des dégradations.

372. Il nous reste à observer, sur l'effet de la restitution contre la vente d'un héritage pour cause de lésion énorme, que le vendeur, en vertu de cette restitution, rentre dans l'héritage tel qu'il étoit lors de la vente qu'il en a faite, sans aucune charge des hypothéques, droits de servitude et autres droits réels, que l'acheteur ou ses successeurs, soit universels, soit particuliers, y auroient imposés; car ils n'ont pu donner plus de droit qu'ils n'en avoient eux-mêmes à ceux à qui ils ont donné ces droits d'hypothéque, de servitude et autres : par conséquent, de même que le droit qu'avoient l'acheteur et ses successeurs étoit sujet à être rescindé par la restitution que le vendeur a obtenue contre le contrat de vente, ces droits qu'ils ont accordés doivent être pareillement sujets à cette rescision. C'est le vrai cas de la maxime : *Soluto jure dantis*, *solvitur jus accipientis.*

Cette opinion, que nous avons embrassée, est celle du plus grand nombre des docteurs qui sont cités par Fachin, *contr.* 11, 23. Barthole et quelques autres docteurs ont été d'un avis contraire. Leur raison est que la rescision du droit de celui qui a imposé sur son héritage des servitudes ou des hypothéques, n'entraîne la rescision desdites servitudes et hypothéques que lorsqu'elle se fait *ex causâ necessariâ*. Or, disent-ils, la rescision du droit de l'acheteur ne se fait pas *ex causâ necessariâ*, dans le cas de la loi 2, dont il s'agit, puisqu'il est en son pouvoir de retenir la chose en suppléant le juste prix. La réponse est qu'il est vrai que la rescision du droit du propriétaire n'entraîne pas celle des servitudes et hypothéques, lorsque la rescision du droit du propriétaire ne se fait pas *ex causâ ne-*

cessariâ, mais *ex causâ voluntariâ*, et par quelque fait qui intervient de la part de ce propriétaire, comme lorsqu'une donation est révoquée pour cause d'ingratitude, n'étant pas juste en ce cas qu'il préjudicie par son fait au droit des autres, suivant cette régle : *Nemo ex alterius facto prægravari debet.* Mais lorsque la rescision du droit d'un propriétaire est prononcée sans que ce soit aucun fait de sa part, intervenu depuis son acquisition, qui y ait donné lieu, et qu'elle procéde d'un vice inhérent à son titre d'acquisition, comme dans le cas de la loi 2, il est vrai de dire que la rescision se fait en ce cas *ex causâ necessariâ*, et qu'elle entraîne la rescision des servitudes et des hypothéques. Quoique l'acheteur pût retenir la chose en suppléant le juste prix, on ne peut pas dire pour cela que son droit a été rescindé *ex causâ voluntariâ;* car il n'est pas purement en son pouvoir de la retenir, puisqu'il ne le peut qu'en suppléant le juste prix; il suffit pour que la rescision paroisse faite *ex causâ necessariâ*, que ce ne soit aucun fait de sa part qui y donne lieu, et qu'il soit contraint à délaisser la chose; et il est véritablement contraint, lorsqu'il ne supplée pas le juste prix.

Au reste, le créancier hypothécaire de l'acheteur ayant droit, pour la conservation de son droit d'hypothéque, d'exercer tous les droits que son débiteur est dans le cas d'exercer, peut intervenir sur l'action rescisoire, avant qu'elle ait été exécutée, et en payant au vendeur le supplément du juste prix, exercer ses hypothéques sur l'héritage; mais il ne peut plus y être admis après que l'action rescisoire a été exécutée par la restitution de l'héritage; car il ne peut exercer le droit qu'avoit son débiteur de suppléer le juste prix, lorsque son débiteur a cessé de l'avoir.

ARTICLE II.

De l'action rescisoire de l'acheteur.

373. On a mis en question, si lorsque l'acheteur souffroit une lésion énorme dans le prix, il avoit aussi une

action rescisoire pour faire rescinder le contrat. Automne, *ad* l. 2, *Cod. de resc. vend.*, tient la négative; mais son opinion est contraire aux principes de droit, et au sentiment de presque tous les auteurs. Dumoulin, en son Traité *de contr. usur., quæst.* 14, suppose, comme une chose constante, que l'acheteur peut, pour cause de lésion énorme, se pourvoir contre le contrat, et il n'en fait pas même de question. L'action rescisoire pour cause de lésion n'est pas fondée seulement sur la loi 2, *Cod. de resc. vend.;* mais elle est fondée sur un principe tiré de la nature des contrats commutatifs, dans lesquels chacune des parties contractantes n'entend donner ce qu'elle donne, que pour recevoir l'équivalent; d'où il suit que ces contrats sont vicieux, et doivent être, comme tels, rescindés, lorsque l'une des parties y souffre une lésion énorme, et ne reçoit pas à beaucoup près l'équivalent de ce qu'elle donne. Or il est évident que ce principe ne milite pas moins à l'égard de l'acheteur qu'à l'égard du vendeur. Automne, pour son sentiment, dit que la lésion que l'acheteur souffre étant une lésion dans le prix, qui est une chose mobiliaire, il ne doit pas être admis à prétendre la rescision du contrat, qui, selon notre droit françois, ne s'accorde pas pour choses mobiliaires. La maxime qu'il oppose dit seulement qu'il n'y a pas lieu à la rescision dans les aliénations des choses mobiliaires, c'est-à-dire lorsque la vente est d'une chose mobiliaire : mais lorsque l'objet du contrat de vente est un héritage, il doit y avoir lieu à l'action rescisoire de la part de celle des parties qui a été lésée.

Nous verrons, sur cette action, 1° quelle est sa nature; 2° pour quelles choses et en quel cas elle a lieu; 3° quelles sont les prestations respectives dont le vendeur et l'acheteur sont tenus l'un envers l'autre sur cette action.

§. I. De la nature de cette action.

374. Cette action est une action rescisoire qui a pour objet principal de rescinder et faire déclarer nul le contrat de vente.

En conséquence elle ne peut s'intenter qu'en vertu des lettres de rescision, obtenues en la chancellerie du palais, par lesquelles le prince ordonne la rescision du contrat, s'il appert au juge de la lésion exposée par l'acheteur.

De la rescision du contrat naît l'obligation en laquelle est le vendeur de rendre à l'acheteur le prix qu'il a reçu, comme l'ayant reçu sans cause; à la charge par l'acheteur de lui rendre de son côté la chose vendue.

C'est pourquoi cette action qu'a l'acheteur contre le vendeur est une action personnelle, par laquelle l'acheteur demande qu'en vertu des lettres de rescision par lui obtenues, le contrat soit déclaré nul et rescindé, et qu'en conséquence le vendeur soit condamné à lui rendre le prix qu'il a reçu, aux offres que cet acheteur doit faire de lui rendre la chose vendue.

375. Comme c'est l'iniquité qui se trouve dans le prix qui vicie le contrat, et qui donne lieu à cette action; de même que quand la lésion est du côté du vendeur, l'acheteur peut empêcher la rescision du contrat, en réformant l'iniquité qui s'y trouve par des offres de suppléer ce qui manque au juste prix; de même, lorsque la lésion est du côté de l'acheteur, le vendeur doit pareillement avoir la faculté d'empêcher la rescision du contrat, en offrant de se restreindre au juste prix, et de rendre ce qu'il a reçu de plus, sans intérêts.

En cela cette action rescisoire qu'a l'acheteur pour cause de lésion dans le prix diffère de l'action rédhibitoire qu'il a pour raison des vices de la chose vendue, et dont nous avons traité dans la partie précédente, laquelle action ne peut être excluse par des offres que feroit le vendeur de faire sur le prix diminution de ce que la chose vaut de moins, à cause du vice qui s'y trouve. La raison de différence est, que si l'acheteur eût connu le vice, il n'auroit pas du tout voulu acheter, au lieu que la connoissance du juste prix l'auroit seulement empêché de vouloir acheter si cher.

§. II. Pour quelles choses et dans quels cas cette action rescisoire a-t-elle lieu?

376. De même que le vendeur n'est pas admis à demander la rescision du contrat pour cause de lésion dans les ventes de choses mobiliaires, ni dans les ventes de droits successifs, ni dans les ventes judiciaires, comme nous l'avons vu en l'article précédent, l'acheteur n'y doit pas être admis non plus.

377. La lésion qui fait accorder à l'acheteur l'action rescisoire doit être semblable à celle qui y fait admettre le vendeur : de même qu'il faut que le vendeur reçoive un prix qui soit au-dessous de la moitié de la valeur de la chose qu'il donne; comme, lorsqu'il vend une chose de vingt écus, il faut que le prix soit au-dessous de dix écus; de même il faut que la chose que l'acheteur reçoit soit au-dessous de la valeur de la moitié de la valeur du prix qu'il donne; *putà*, s'il achète une chose de la valeur de dix écus, il faut que le prix qu'il donne soit de plus de vingt écus. C'est ce qu'établit Dumoulin, *de contr. usur. quæst.* 14, contre l'opinion de ceux qui pensoient qu'il suffisoit qu'il achetât pour un prix plus fort que la moitié du juste prix, outre le juste prix; *putà*, qu'il achetât seize écus.

378. Il faut que le prix pour lequel il l'a achetée au-delà du juste prix ne soit pas un prix d'affection; car nous avons vu *suprà*, *part.* 2, *chap.* 2, *art.* 4, §. 2, qu'on pouvoit licitement, en certains cas, dans les contrats de vente, ajouter au juste prix intrinséque de la chose le prix de l'affection. C'est pourquoi il est fort rare qu'il y ait lieu à cette action rescisoire de la part de l'acheteur, l'excès du prix étant ordinairement le prix de l'affection.

379. Lorsque la chose vendue a cessé d'exister, il ne laisse pas d'y avoir lieu à cette action rescisoire de l'acheteur, quoiqu'en pareil cas celle du vendeur cesse d'avoir lieu, lorsque la lésion est de son côté, comme nous l'a-

vons vu en l'article précédent. La raison de différence est évidente. L'action rescisoire du vendeur renferme la revendication de la chose vendue, qui ne peut avoir lieu qu'autant que cette chose existe : au contraire, l'action rescisoire de l'acheteur ne renferme que la demande d'une somme d'argent.

380. On peut encore remarquer une autre différence entre l'action rescisoire de l'acheteur et celle du vendeur. Nous avons décidé *suprà*, *n.* 352 *et* 354, qu'elle avoit lieu, quoiqu'il fût justifié que le vendeur, lors du contrat, avoit eu une parfaite connoissance de la valeur de la chose, et quoiqu'il eût renoncé expressément à cette action. La raison est, que souvent l'indigence et le pressant besoin obligent à vendre son bien à vil prix : mais cette raison étant particulière au vendeur, il faut décider le contraire à l'égard de l'action rescisoire de l'acheteur.

§. III. Des prestations réciproques du vendeur et de l'acheteur dans cette action.

381. Le vendeur contre qui l'acheteur a donné l'action rescisoire est tenu de rendre à l'acheteur le prix qu'il a reçu, et de le décharger de ce qui en seroit encore dû, à la charge par l'acheteur de lui rendre la chose.

Le vendeur qui a vendu de bonne foi n'est tenu qu'à la restitution du prix, et non au remboursement des frais du contrat, et de tout ce qu'il en a coûté à l'acheteur pour l'acquisition.

En cela cette action rescisoire de l'acheteur est différente des actions rédhibitoires, dont nous avons traité *suprà*, *part.* 2, *sect.* 4, *art.* 4. La raison de différence est, que l'action rédhibitoire est fondée sur l'obligation de la garantie des vices rédhibitoires; obligation que le vendeur a contractée envers l'acheteur. Cette garantie l'oblige aux dommages et intérêts de l'acheteur, résultants de ce que la chose se trouve infectée de quelqu'un de ces vices, desquels dommages et intérêts fait partie l'indemnité de ce qu'il en a coûté à l'acheteur pour l'acquérir. Au contraire, l'action

rescisoire de l'acheteur, pour cause de simple lésion dans le prix, n'est fondée sur aucune obligation que le vendeur ait contractée par le contrat de vente. Ce contrat, qui est nul, n'en ayant produit ni de part ni d'autre, l'obligation du vendeur est en ce cas uniquement fondée sur ce que le contrat étant nul, il se trouve avoir reçu sans cause ce qu'il a reçu en vertu de ce contrat. Son obligation se borne donc à ce qu'il a reçu, et ne doit pas s'étendre à ce qu'il en a coûté à l'acheteur, dont le vendeur n'a pas profité.

382. Le vendeur est aussi tenu de rembourser à l'acheteur les impenses nécessaires qu'il a faites sur l'héritage vendu, lorsque l'acheteur le lui rend; car le vendeur ne doit pas profiter de ces impenses, et s'enrichir aux dépens de l'acheteur.

A l'égard des impenses seulement utiles, par la même raison que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'un autre, il doit aussi les rembourser. Mais il n'est pas tenu de rembourser tout ce qu'elles ont coûté, mais seulement jusqu'à concurrence de ce que l'héritage qu'on lui rend s'en trouve alors plus précieux. Il n'est pas même obligé à ce remboursement, lorsque ces impenses, utiles à la vérité, mais non nécessaires, sont trop considérables, ne devant pas être au pouvoir de l'acheteur de l'empêcher de pouvoir rentrer dans son héritage, en y faisant des impenses pour des sommes que le vendeur n'auroit pas le moyen de rembourser : il suffit, en ce cas, au vendeur de permettre à l'acheteur d'enlever tout ce qui peut s'enlever *sine rei detrimento*.

Il en est de même des impenses voluptuaires; le vendeur n'en doit aucun remboursement : mais si elles peuvent s'enlever, il ne peut empêcher l'acheteur de les enlever, si mieux n'aime le vendeur les retenir en les remboursant.

383. Le vendeur n'est tenu au remboursement des impenses que lorsque la chose vendue existe, et qu'elle lui est rendue par l'acheteur : lorsqu'elle ne lui est pas rendue, il n'est pas même tenu en ce cas de restituer tout le

prix qu'il a reçu, mais seulement ce qu'il en a reçu au-delà du juste prix : car ayant, comme nous l'avons vu au paragraphe premier, la faculté d'exclure en entier l'action rescisoire de l'acheteur, en rendant seulement à l'acheteur ce qu'il a reçu au-delà du juste prix, il ne peut être tenu à aucune autre chose, lorsqu'on ne lui rend pas la chose vendue.

384. À l'égard des prestations dont est tenu l'acheteur qui a donné contre le vendeur l'action rescisoire, il est tenu de rendre au vendeur l'héritage qu'il a acheté dudit vendeur, tel qu'il se trouve; et par conséquent il est tenu de le rendre avec toutes les augmentations survenues dans cet héritage depuis le contrat, soit naturelles, telles que sont les alluvions; soit industrielles, tels que sont les édifices construits sur le terrain vendu, à la charge néanmoins par le vendeur de lui faire raison des impenses, comme il a été expliqué ci-dessus.

Si l'héritage a été détérioré par la faute de l'acheteur, il doit tenir compte au vendeur de ces détériorations.

385. Lorsque l'héritage a été vendu avec les meubles qui y étoient, l'acheteur doit aussi les rendre au vendeur, s'ils sont encore en nature; s'il les a consommés, et que ce soit par sa faute qu'ils ne se trouvent plus, il en doit l'estimation : car dans cette action rescisoire, les parties étant remises au même état qu'avant le contrat, chacune doit reprendre tout ce qu'elle a donné.

SECTION III.

De la résolution de la vente qui se fait en vertu de la clause de réméré.

386. La clause de réméré est une clause par laquelle le vendeur se réserve de racheter la chose vendue.

Par cette clause, l'acheteur contracte l'obligation de rendre au vendeur la chose vendue, lorsqu'il lui plaira de la racheter, en satisfaisant aux conditions du rachat.

La vente faite avec cette clause est différente du contrat d'engagement. Celui qui engage une chose en conserve la

propriété; il ne transfère à l'engagiste à qui il l'a donnée par engagement, que le droit de la posséder jusqu'au rachat, et d'en percevoir jusqu'à ce temps tous les fruits et toute l'utilité : mais celui qui vend une chose avec la clause de réméré, transfère à l'acheteur à qui il la délivre, la propriété de cette chose : il n'a que le droit de la racheter, qui naît de l'obligation que l'acheteur contracte par la clause de réméré.

Nous diviserons cet article en sept paragraphes. Nous verrons dans le premier, si cette clause est valable dans la vente d'un héritage, lorsque l'acheteur est mineur. Nous traiterons dans le second, de la nature du droit de réméré; dans le troisième, de la nature de l'action de réméré. Dans le quatrième, nous verrons quand le réméré peut être exercé, et contre qui. Dans le cinquième, nous parlerons des prestations respectives qui ont lieu dans l'action de réméré; dans le sixième, de l'effet du réméré; dans le septième, des manières dont le droit de réméré s'éteint.

§. I. Si la clause de réméré est valable dans le contrat de vente d'un héritage, lorsque l'acheteur est mineur.

387. Fachinæus, *lib.* 11, *controv.* 3, et plusieurs docteurs par lui cités, ont pensé que la clause de réméré n'étoit pas valable dans la vente d'un héritage, lorsque c'étoit un mineur qui étoit l'acheteur. Ils se fondent sur ce que les lois ordonnent que les héritages des mineurs ne puissent être aliénés que par le décret du juge, et réputent en conséquence nulles toutes les conventions par lesquelles les mineurs s'engageroient à les aliéner. Or, disent-ils, la convention par laquelle un mineur s'oblige à souffrir le réméré, et par conséquent à aliéner l'héritage qu'il aura acheté, et dont il sera devenu le propriétaire, est contraire aux lois qui défendent l'aliénation des biens des mineurs; car par cette convention le mineur s'oblige d'aliéner l'héritage qu'il a acheté, dont il est devenu propriétaire. Ils citent, pour confirmer leur sentiment, la loi 7, *cod. de præd. mi-*

nor., qui déclare nulle une convention par laquelle un mineur avoit consenti à la résolution d'une donation qui lui avoit été faite; et la loi 1, §. *fin.*; et l. 2, ff. *de reb. eor.*, qui déclarent nulle la clause par laquelle celui qui avoit vendu un héritage à un mineur, avoit stipulé qu'il lui seroit hypothéqué pour le prix qui lui en étoit dû; *Nam*, dit le jurisconsulte, *ubi dominium quæsitum est minori, cœpit non posse obligari.* Nonobstant ces raisons, il faut décider que cette convention est valable dans un contrat de vente, quoique l'acheteur soit mineur. Les aliénations des biens des mineurs, que les lois défendent d'aliéner, sont celles qui sont purement volontaires, et non celles qui sont nécessaires, telles que sont celles qui se font en vertu d'une clause de l'acquisition même. D'ailleurs on ne peut pas dire que le réméré d'un héritage qui est exercé sur un acheteur, soit une aliénation. Ce n'est pas tant une aliénation que cet acheteur fait de cet héritage, qu'une cessation et résolution de l'aliénation que le vendeur en avoit faite, et de l'acquisition qu'en avoit faite l'acheteur. C'est pour cette raison qu'il n'est pas dû un second profit pour le réméré (*Orléans*, *art.* 112), et que l'héritage retourne au vendeur, qui exerce le réméré avec l'ancienne qualité de propre qu'il avoit avant l'aliénation. Ajoutez à ces raisons, que les ventes qui se font avec la clause de réméré, se font à moindre prix par cette considération. Il seroit contre l'équité que l'acheteur mineur profitât du bon marché et de la diminution faite sur le prix en considération de cette clause, sans en être tenu. La minorité donne bien le droit à un mineur de se pourvoir contre un marché qui ne lui est pas avantageux; mais il doit en ce cas le rejeter en entier: sa minorité ne peut lui donner le droit de le syncoper, en prenant dans le marché ce qui lui est avantageux, et rejetant le surplus.

Il est facile de répondre aux lois opposées. La loi 7, *cod. de præd. min.*, qui déclare nulle une convention par laquelle un mineur auroit consenti à la résolution d'une donation à lui faite, ne peut être entendue que d'une con-

vention faite *ex intervallo*, après que la donation a été conclue et arrêtée, et non pas d'une clause portée par l'acte même de donation; car un donateur, qui pouvoit ne pas donner du tout, peut mettre telles restrictions que bon lui semble à sa donation; *Unicuique licet quem voluerit liberalitati suæ modum apponere;* et par conséquent il peut la faire avec telle clause résolutoire qu'il juge à propos.

A l'égard des lois du titre *de reb. eor.* etc., la décision qu'elles renferment n'est fondée que sur une pure subtilité. Le jurisconsulte le reconnoît lui-même, puisqu'il dit en la loi 2, qu'on a recours en ce cas au prince, qui, ayant plus d'égard à la bonne foi qu'à la subtilité, confirme la convention. La loi opposée ne peut donc recevoir d'application parmi nous, qui n'admettons pas dans notre pratique françoise les subtilités du droit romain. Le sentiment que nous embrassons est celui de Balde, de Pinellus, de Tiraqueau, etc.

§. II. De la nature du droit de réméré.

388. Le droit de réméré n'est pas proprement un droit que le vendeur ait dans l'héritage qu'il a vendu avec cette clause; ce n'est qu'un droit par rapport à cet héritage, une créance de cet héritage, qui naît de l'obligation que l'acheteur a contractée par la clause de réméré, d'en souffrir le rachat, à l'exécution de laquelle obligation l'héritage est affecté; c'est proprement *jus ad rem*, plutôt que *jus in re*.

389. Ce droit de réméré qu'a le vendeur, est un droit qui est transmissible à ses héritiers. La loi 2, *cod. de pact. inter empt. et vend.*, le décide formellement; et cette décision est fondée sur un principe général, que tout ce que nous stipulons, nous sommes censés le stipuler pour nos héritiers comme pour nous, à moins que la nature de la chose qui fait la matière de la convention, ou les circonstances, ne fassent apercevoir le contraire.

390. Lorsqu'il est dit que le vendeur seul pourra exercer le réméré, Despeisses, après Tiraqueau, pense que ce terme *seul*, en ce cas, empêche seulement que le réméré

soit cessible, mais qu'il n'empêche pas qu'il ne soit transmissible aux héritiers du vendeur. On peut dire pour raison de cette opinion, que les héritiers du vendeur succèdent à la qualité de *vendeur*.

Mais s'il étoit dit que le réméré ne pourroit être exercé que par la personne du vendeur, ou en ces termes, que *par ledit un tel*, il est évident qu'il seroit restreint à la personne du vendeur, et qu'il ne pourroit passer à ses héritiers.

391. Ce droit est cessible: ce n'est pas un droit qui soit attaché à la personne du vendeur; mais c'est un droit qui fait partie de ses biens, et dont il peut disposer, de même que de ses autres biens. *Fachin.* 11, 11; *Tiraqueau*, etc.

392. Lorsque la clause ne porte aucun temps limité dans lequel le vendeur pourra exercer le réméré, quelques anciens docteurs ont prétendu que le droit de réméré étoit imprescriptible; parceque, disoient-ils, le réméré consiste dans une faculté que se réserve le vendeur, et que c'est un principe que ce qui est de faculté n'est pas sujet à la prescription. Cette opinion a été rejetée avec raison; et il n'est pas douteux aujourd'hui que le droit de réméré est sujet à la prescription ordinaire de trente ans. Le principe que ce qui est de faculté n'est pas sujet à prescription, n'est vrai qu'à l'égard de ce qui est de faculté naturelle, telle que celle que chacun a d'élever sa maison; ou à l'égard de ce qui est faculté de droit public, telle qu'est la faculté que la loi municipale accorde aux laboureurs de la Beauce de faire paître leurs troupeaux sur toutes les terres vaines de la paroisse; ou enfin à l'égard d'une faculté qui procéderoit de la nature et de l'essence du contrat d'où elle dérive, telle qu'est la faculté que celui qui a donné une chose en nantissement, a de la dégager; celle qu'a le débiteur d'une rente constituée, de la racheter. Mais lorsque la faculté procède d'une clause accidentelle d'un contrat, et qu'elle ne nous appartiendroit pas sans un titre particulier par lequel elle nous est accordée; une telle faculté est un droit sujet à prescription, de même que tous les autres

droits. C'est ce qui se trouve décidé par les coutumes de Paris, *art.* 108, et d'Orléans, *art.* 269, qui disent: *La faculté donnée par contrat de racheter héritages, ou rente de bail d'héritages à toujours, se prescrit par trente ans.*

393. Cette décision a lieu non seulement dans le cas auquel la clause de réméré n'auroit exprimé aucun temps, mais aussi dans le cas auquel il seroit dit que le vendeur auroit cette faculté *à toujours*, même dans le cas auquel il seroit dit que cette faculté ne pourroit se prescrire par quelque temps que ce soit; car les prescriptions étant de droit public, il ne peut y être dérogé par les conventions des particuliers : *Privatorum conventio juri publico non derogat;* l. 45, §. 1, ff. *de reg. jur. Jus publicum privatorum pactis mutari non potest;* l. 38, ff. *de pact.*

394. Suivant ces principes, il paroît qu'on doit décider que, dans le cas auquel la clause de réméré porteroit expressément un temps plus long que celui de la prescription légale, *putà*, s'il étoit dit que le vendeur pourroit exercer le réméré pendant quarante ans, la prescription légale de trente ans ne laisseroit pas d'avoir lieu, nonobstant cette clause; et tout l'effet de cette clause seroit que si la prescription de trente ans avoit été arrêtée par la minorité des héritiers du vendeur qui ont succédé au droit de réméré, et qu'elle ne se trouvât pas accomplie lors de l'expiration du temps de quarante ans, stipulé par le contrat, ces héritiers, contre qui la prescription légale n'a pas couru, pourroient être exclus du droit de réméré par la prescription conventionnelle, qui court contre les mineurs, comme nous le verrons *infrà*.

395. Pareillement, quoique le vendeur se soit retenu le droit de réméré pendant tout le temps de sa vie, cette clause ne le soustrait pas à la loi de la prescription, et n'empêche pas qu'il ne soit non recevable à exercer ce droit après l'expiration des trente ans depuis le contrat; tout l'effet de cette clause est que le droit ne puisse passer à ses héritiers, s'il n'a pas intenté l'action de son vivant.

§. III. De la nature de l'action de réméré.

396. Du droit de réméré naît l'action de réméré. Cette action est une branche de l'action personnelle *ex vendito;* car elle naît d'une obligation que l'acheteur a contractée envers le vendeur par la clause de réméré, qui faisoit partie du contrat de vente; et par conséquent elle naît du contrat de vente.

Cette action est personnelle réelle, et peut se donner contre les tiers détenteurs de l'héritage vendu sous cette condition; car l'héritage est affecté à l'exécution de l'obligation que l'acheteur a contractée, par la clause de réméré insérée au contrat de vente, de rendre cet héritage au vendeur, lorsque le vendeur jugera à propos d'exercer le réméré; le vendeur n'ayant aliéné son héritage que sous les clauses et conditions de son contrat, l'a affecté en l'aliénant á l'exécution de cette clause.

On objectera peut-être ce que nous venons de dire, que l'action de réméré est une branche de l'action *ex vendito*. Or l'action *ex vendito* est une action qui n'est que personnelle, et qui ne peut être donnée que contre l'acheteur et ses héritiers ou autres successeurs universels : donc, dira-t-on, il en doit être de même de l'action de réméré. Je réponds, en convenant que l'action *ex vendito* n'est que personnelle, quant à son principal objet, qui est la poursuite du paiement du prix : mais on n'en doit pas conclure qu'elle ne puisse être personnelle réelle quant à d'autres objets, tel qu'est celui de réméré. Rien n'empêche qu'une action qui a plusieurs branches provenantes de différents engagements portés par un même contrat, et qui a différents objets, soit simplement personnelle à l'égard d'un objet, et personnelle réelle à l'égard d'un autre.

397. L'action de réméré est divisible, lorsque la chose vendue est quelque chose de divisible, tel qu'est un héritage : c'est pourquoi si l'héritage a été vendu avec cette clause à plusieurs acheteurs, ou à un acheteur qui a laissé

plusieurs héritiers, cette action ne peut se donner contre chacun d'eux que pour la part qu'il a dans l'héritage.

Vice versâ, si plusieurs vendeurs ont vendu avec cette clause un héritage, ou si un vendeur a laissé plusieurs héritiers, chacun des vendeurs ne peut exercer le réméré que pour sa part, et pareillement chacun des héritiers ne peut l'exercer que pour la part quant à laquelle il est héritier. Il est vrai qu'il y a quelques auteurs qui sont d'avis contraire, et qui pensent que l'un des vendeurs, ou l'un des héritiers, doit être admis à exercer le réméré pour le total, en donnant caution à l'acheteur de le défendre contre ses covendeurs ou contre ses cohéritiers, et sauf à lui à se régler avec eux au cas qu'ils voulussent avoir part au réméré : mais l'opinion de ces auteurs est contraire aux principes établis par Dumoulin, *Tr. de div. et ind. p.* 3, *n.* 582 *et seq.*, dont nous suivons l'avis. L'action de réméré étant divisible, puisqu'elle a pour objet un héritage, qui est quelque chose de divisible, elle se divise nécessairement entre les héritiers du vendeur. Chacun des héritiers ne succédant à cette action que pour la part dont il est héritier, ne peut par conséquent l'intenter que pour cette part ; et il doit être au pouvoir de l'acheteur de conserver, s'il le juge à propos, les autres parts, quand les autres héritiers n'exercent pas le réméré.

Néanmoins si l'acheteur juge qu'il n'est pas de son intérêt de retenir des portions indivisibles, on ne pourra pas l'obliger à souffrir pour partie le réméré de cet héritage, qu'il n'a acheté que pour l'avoir en entier. C'est pourquoi l'acheteur peut en ce cas conclure au congé de la demande de cet héritier pour partie, si mieux il n'aime reprendre l'héritage en entier, et rembourser en entier l'acheteur du prix et des loyaux coûts de son acquisition. Cet héritier qui aura été obligé de réméré l'héritage pour le total, aura droit de demander au partage de la succession à ses cohéritiers, qu'ils soient tenus de lui faire raison, pour leurs parts, du coût du réméré, sinon que l'héritage lui demeurera en entier.

Notre décision est fondée sur la nature même de l'action de réméré, qui oblige le vendeur ou ses héritiers qui exercent le réméré, à indemniser l'acheteur sur qui ils l'exercent, et à le remettre au même état qu'il étoit avant son acquisition. Or, si l'héritier pour partie du vendeur qui exerce le réméré pour la part dont il est héritier, n'étoit pas obligé de réméfer pour le tout, lorsque l'acheteur le demande, l'acheteur ne seroit pas indemne; il ne seroit pas remis au même état auquel il étoit avant son acquisition, puisqu'il seroit obligé de souffrir l'incommodité d'une communauté qu'il n'a voulu ni entendu souffrir lorsqu'il a acquis l'héritage, ne l'ayant acquis que pour l'avoir en entier. La loi 41, §. 9, *de leg.* 3° n'est pas contraire à notre décision. Elle est dans l'espèce d'un héritier qui a été grevé par le testateur, de vendre à deux légataires un certain héritage pour un certain prix. Elle dit bien que l'un de ces légataires peut demander qu'on lui vende l'héritage pour sa part, quoique l'autre ne veuille pas l'acheter : ce qui est conforme à ce que nous disons, que l'un des héritiers du vendeur peut demander à exercer le réméré pour sa part; mais il ne s'ensuit pas que l'héritier, assigné sur cette demande, ne puisse, pour son indemnité, obliger le légataire à acheter le total. C'est une autre question que la loi ne décide pas, et même qu'elle n'agite pas; c'est pourquoi cette loi ne peut nous être opposée.

§. IV. Quand le réméré peut-il être exercé, et contre qui?

398. Zoannetus, jurisconsulte de Bologne, du seizième siècle, dans un Traité qu'il a fait, *De emptione cum pacto retrovenditionis*, agite la question de savoir si le vendeur doit être admis à exercer l'action de réméré dès le lendemain du contrat de vente; ce qui pourroit arriver si le vendeur, incontinent après avoir passé le contrat de vente, avoit reçu une somme d'argent à laquelle il ne s'attendoit pas, qui le mît en état d'exercer le réméré. Cet auteur décide pour la négative. Il pense que le vendeur doit laisser

l'acheteur jouir un certain temps de la chose vendue, avant que d'en pouvoir exercer le réméré, de même que celui qui m'a prêté une somme d'argent ne seroit pas admis à me poursuivre dès le lendemain pour la lui rendre. Ce sentiment de Zoannetus paroît dénué de raison. Il n'y a aucune parité entre le cas du prêt et celui-ci. Si dans le cas du prêt le prêteur n'est pas admis à poursuivre dès le lendemain le débiteur pour la restitution de la somme qu'il a prêtée, c'est que celui qui emprunte une somme d'argent ne l'emprunte que pour l'employer incontinent à ses affaires. Si le prêteur étoit admis à le poursuivre pour lui rendre la somme aussitôt qu'il l'a employée, et avant qu'il se soit passé un temps suffisant pour qu'il pût amasser de l'argent afin de la rendre, il arriveroit que le prêt, qui de sa nature est un bienfait, deviendroit un piége que le prêteur tendroit à l'emprunteur pour lui faire des frais dans un temps auquel il est moralement certain qu'il ne peut pas avoir la commodité de rendre: ce qui est contraire à cette maxime d'équité: *Beneficium nemini debet esse captiosum.* Il ne se trouve rien de semblable dans notre cas: le vendeur, en exerçant le réméré dès le lendemain de la vente, ne fait aucun tort à l'acheteur; il est au contraire souvent plus avantageux à l'acheteur, que le vendeur qui veut exercer le réméré, l'exerce plus tôt que plus tard, afin que l'acheteur ne perde pas les occasions qui pourroient se présenter de faire un autre emploi avantageux de son argent.

399. L'action de réméré s'intente non seulement contre l'acheteur et ses héritiers; mais, lorsqu'ils ont aliéné l'héritage sujet au réméré, elle s'intente même contre les tiers détenteurs qui ne l'ont pas acquis à cette charge.

Lorsque l'usufruit de cet héritage est séparé de la propriété, l'action doit se donner tant contre l'usufruitier que contre le propriétaire de l'héritage.

§. V. Des prestations réciproques auxquelles sont tenus, en cas de réméré, l'acheteur et le vendeur.

400. L'acheteur ou le possesseur, sur l'action de réméré, doit être condamné à rendre la chose vendue.

On a à ce sujet agité la question, si en ce cas le vendeur pouvoit contraindre *manu militari* l'acheteur qui a la chose en sa possession, à la lui rendre, en faisant ordonner, lorsque c'est un héritage, qu'il lui sera permis de s'en mettre en possession, d'en déloger de force l'acheteur par le ministère d'un sergent; et lorsque c'est un meuble, en faisant ordonner qu'il lui sera permis de le faire saisir et enlever; ou si l'acheteur doit seulement être condamné en des dommages et intérêts, faute de satisfaire à son obligation. Cette question est toute semblable à celle que nous avons ci-dessus agitée en la seconde partie de ce Traité, *n.* 67, de savoir si le vendeur qui avoit en sa possession la chose vendue, pouvoit être contraint *manu militari* à la livrer, ou s'il n'étoit tenu qu'à des dommages et intérêts. Les raisons que nous avons au long exposées pour et contre sur cette question, reçoivent ici leur application. Le fait de la restitution de la chose vendue, auquel la clause de réméré oblige l'acheteur, de même que celui de la tradition, auquel le contrat de vente oblige le vendeur, n'est pas un pur fait de la personne du débiteur, *non est nudum factum*, mais un fait *quod ad dationem accedit*, à l'exécution duquel il peut être contraint *manu militari*. C'est pourquoi, de même que nous avons décidé que le vendeur peut être contraint *manu militari* à livrer la chose qu'il a vendue, lorsqu'il l'a en sa possession, nous devons pareillement dire que celui qui a acheté une chose sous faculté de réméré, peut être contraint *manu militari* à la rendre. C'est l'avis de Fachinæus, *controv.* 11, 8, aussi bien que de Pinellus, Zoannetus et Chassanée. Tiraqueau a suivi l'opinion contraire.

401. La chose vendue doit être rendue au vendeur qui exerce le réméré, en l'état où elle se trouve; sauf que si

c'est par la faute de l'acheteur qu'elle est détériorée, l'acheteur doit être condamné aux dommages et intérêts résultants de cette détérioration.

L'acheteur est à cet égard tenu de la faute légère, suivant la nature du contrat de vente et suivant le principe établi en notre Traité des obligations, *n.* 142, que dans les contrats qui se font pour l'utilité réciproque de chacun des contractants, tel qu'est le contrat de vente, les parties sont entre elles tenues de la faute légère, *de levi culpâ.*

402. Lorsque la chose se trouve détériorée sans la faute de l'acheteur, le vendeur qui exerce le réméré doit la prendre telle qu'elle se trouve, sans pouvoir prétendre à cet égard qu'il lui soit fait aucune diminution sur le prix qu'il doit rembourser; car le réméré renfermant une résolution entière du contrat de vente, chacune des parties ne peut rien retenir de ce qu'elle a reçu de l'autre en vertu de ce contrat. D'ailleurs la clause de réméré renferme la condition d'indemniser l'acheteur sur qui il doit s'exercer. En vain le vendeur opposeroit-il que la chose vendue n'est plus aux risques du vendeur après le contrat, et encore moins après la tradition, et qu'il ne doit pas par conséquent souffrir la perte survenue dans cette chose. La réponse est qu'étant le maître de ne pas exercer le réméré, s'il juge que la chose ne vaut plus le prix pour lequel il l'a vendue, il est en son pouvoir de ne pas supporter la perte arrivée dans la chose, et de la laisser supporter par l'acheteur.

403. Supposons au contraire que l'héritage vendu avec la clause de réméré a reçu depuis le contrat quelque augmentation naturelle, *putà*, par alluvion *; le vendeur qui exerce le réméré en doit-il profiter? Fachinæus, *controv.* 11, 6, et les docteurs par lui cités, tiennent la négative. Ils se fondent sur ces régles de droit : *Ubi periculum, ibi et lucrum; l. fin.* §. 3, *Cod. de furtis. Secundùm naturam est*

* Comme les alluvions dans les rivières navigables appartiennent au roi, à l'exclusion des riverains, s'ils n'ont titre, il y a rarement lieu à la question.

commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda; l. 10, ff. *de re jud.* Or depuis le contrat de vente, quoique fait avec faculté de réméré, la chose étoit aux risques de l'acheteur : si elle fût périe en tout ou en partie, il en auroit souffert la perte; le vendeur se seroit bien donné de garde d'exercer le réméré. Puisque l'acheteur eût souffert la perte, il doit donc, suivant ces régles d'équité, profiter de l'augmentation, et retenir l'alluvion qui s'est faite depuis le contrat. On opposera que, suivant le principe ci-dessus établi, l'acheteur sur qui on exerce le réméré ne doit rien retenir de ce qui lui a été vendu : or l'accrue qui s'est faite à l'héritage vendu est devenue, par son union avec cet héritage, une partie de cet héritage : l'acheteur ne peut donc pas la retenir; autrement il retiendroit une partie de l'héritage qui lui a été vendu. Je réponds qu'il est bien vrai que cette accrue fait partie de l'héritage qui lui a été vendu; mais il est également vrai que cette accrue, qui n'a commencé d'exister que depuis la vente, ne lui a pas été vendue, et que l'héritage n'a pas été vendu quant à cette partie. C'est pourquoi l'acheteur, en la séparant de l'héritage vendu, ou en la retenant, ne retient rien de ce qui a été vendu, et le principe qu'on nous oppose ne reçoit aucune atteinte. On oppose l'exemple de plusieurs cas dans lesquels l'acheteur est obligé de rendre non seulement la chose, mais tout ce qui en est provenu et tout ce qui y accède. La réponse est, que cela a lieu lorsque les choses sont mises en même état que si le contrat de vente n'étoit jamais intervenu, comme dans le cas de la défaillance d'une condition suspensive sous laquelle il avoit été contracté, ou dans le cas auquel la nullité du contrat est prononcée sur quelque action rescisoire ou rédhibitoire. Mais le réméré n'a pas cet effet ; il ne résout le contrat que pour l'avenir, il le laisse subsister pour le passé : il ne doit donc pas empêcher l'acheteur de retenir ce qui est provenu de la chose vendue, ni ce qui y a accédé pendant le temps que le contrat a subsisté. Cette opinion de Fachinæus paroît la plus véritable : elle est

confirmée par un arrêt du sénat de Piémont qu'il cite : elle est suivie par Despeisses.

404. L'acheteur sur qui on exerce le réméré, peut à plus forte raison retenir les augmentations qu'il a faites à ses dépens, lorsqu'elles peuvent être séparées, telles que seroient des chambranles de cheminées, des parquets, des boiseries, etc., en remettant la chose dans l'état qu'il l'a reçue. A l'égard des augmentations qui ne peuvent s'enlever, telles que sont des plantations, des bâtiments, etc., il doit les laisser ; sauf à se faire faire raison des impenses de la manière que nous l'exposerons *infrà*.

405. Suivant les mêmes principes, il me paroît qu'on doit décider que l'acheteur qui, en sa qualité de propriétaire de l'héritage qui lui a été vendu, a eu le tiers d'un trésor trouvé dans cet héritage avant la demande en réméré, n'est pas obligé de le rendre au vendeur qui exerce le réméré. Il est vrai que ce trésor existoit et étoit renfermé dans l'héritage vendu lors de la vente de l'héritage, en quoi cette espèce pourroit paroître différente de celle de l'alluvion : mais quoique ce trésor existât alors, c'étoit une chose qui n'appartenoit alors à personne : le vendeur de l'héritage dans lequel il étoit enfermé, n'en avoit ni la propriété ni la possession, et il ne faisoit en aucune manière partie de cet héritage; l. 3, §. 3, ff. *de acq. poss. glossa ad d.* §. *in verbo Cepisse.* On ne peut donc pas dire que ce trésor fît partie de ce qui a été vendu ; et par conséquent le vendeur, qui n'a droit de répéter par cette action de réméré que ce qu'il a vendu, ne peut répéter la part que l'acheteur a eue de ce trésor, *jure quodam accessionis : quia quamvìs ille thesaurus non fuerit propriè pars fundi; tamen quùm in fundo inventus fuerit, quodammodò ex fundo profectus, et ideò saltem pro parte, domino fundi addici debere visus est.* Mais ce n'est que lors de la découverte, et par conséquent depuis le contrat que ce droit est né, et que l'acheteur a acquis le tiers de ce trésor; et par conséquent il peut le retenir suivant les principes ci-dessus établis.

Il en seroit autrement d'une mine que l'acheteur auroit trouvée dans l'héritage : quoique cette mine fût inconnue lors du contrat de vente de l'héritage, et qu'en conséquence elle n'en augmentât pas la valeur, néanmoins elle faisoit dès-lors partie de cet héritage qui a été vendu; c'est pourquoi l'acheteur doit rendre au vendeur qui exerce le réméré, ce qu'il a retiré de cette mine, sous la déduction des impenses.

406. L'acheteur sur qui on exerce le réméré ne doit rendre les fruits que du jour des offres qui lui sont faites par le vendeur de lui rendre le prix. C'est une suite du principe établi que le réméré n'opérant la résolution du contrat de vente que pour l'avenir, tout ce qui est provenu de la chose vendue jusqu'au réméré, doit appartenir à l'acheteur. D'ailleurs le vendeur ayant joui du prix, il est juste que l'acheteur ait les fruits de la chose. On peut tirer argument de ce que nos coutumes décident dans le cas du retrait lignager. *Voyez notre coutume d'Orléans, articles* 374 *et* 375.

407. Plusieurs docteurs ont pensé que lorsqu'une vente faite avec faculté de réméré étoit aussi faite à très vil prix, ces deux circonstances réunies devoient faire présumer le contrat usuraire, et le faire considérer comme un prêt à intérêt déguisé sous la fausse apparence d'un contrat de vente que le prétendu acheteur auroit fait au prétendu vendeur, et qu'en conséquence cet acheteur devoit imputer et déduire sur le prix qui lui doit être rendu, tous les fruits qu'il a perçus. Fachinæus, *controv.* 11, 12, cite plus de quarante-cinq docteurs qui ont été de cet avis : il en cite presque autant pour l'avis contraire. Plusieurs veulent que d'autres circonstances concourent; *putà*, si le contrat n'avoit été fait qu'après que le vendeur auroit sollicité l'acheteur de lui prêter de l'argent, si l'acheteur étoit coutumier d'exercer l'usure. Covarruvias pense avec raison que cela doit être laissé à la prudence du juge; et je pense qu'il ne doit pas être facile de déclarer usuraire ce contrat, tant

parceque la fraude ne doit point se présumer facilement, que parceque le vendeur ne pouvant jamais être contraint à rendre le prix qu'il a reçu, puisqu'il est en son pouvoir de ne pas exercer le réméré, cette vente n'a pas de ressemblance avec le prêt à intérêt.

408. La régle que l'acheteur sur qui on exerce le réméré n'est pas obligé de tenir compte des fruits, reçoit exception à l'égard de ceux qui étoient pendants et prêts à recueillir lors du contrat de vente. Ces fruits ont augmenté le prix de la vente : il n'est pas douteux que lorsqu'on vend une maison de vignes à la veille de la vendange, le prix de la future vendange entre en considération dans le marché, et augmente le prix du contrat. L'acheteur qui a profité de cette vendange, et sur qui on exerce le réméré, doit donc passer en déduction sur le prix que le vendeur doit lui rendre, le prix de ces fruits; autrement l'acheteur auroit tout à-la-fois la chose et le prix, ce que l'équité ne permet pas.

409. A l'égard des fruits produits depuis le contrat, et qui se trouvent pendants lors de l'exercice du réméré, Fachinæus, *controv.* 11, 14, et les docteurs par lui cités, pensent qu'ils se doivent partager au prorata du temps de cette année, entre le vendeur qui exerce le réméré et l'acheteur, parcequ'il est équitable que le vendeur ayant joui du prix pendant une partie du temps de cette année, l'acheteur retienne en récompense une partie dans les fruits de ladite année, au prorata de ce temps. Par exemple, si la vente et le paiement du prix se sont faits le premier novembre, et que le réméré s'exerce le premier juillet, le vendeur ayant en ce cas joui du prix pendant les deux tiers de l'année, l'acheteur doit retenir les deux tiers des fruits qui se trouvent pendants lors du réméré. Cette opinion est équitable; elle a été suivie par la coutume de Poitou.

Au contraire les coutumes d'Auvergne, de la Marche, de Lodunois, qui ont aussi traité du réméré, ont rejeté ce partage, et elles adjugent au vendeur qui exerce le ré-

méré, la totalité des fruits qui ont été recueillis depuis ses offres suivies de consignation, à la charge par lui de rembourser les labours et semences.

Les coutumes de Paris et d'Orléans n'ont pas traité du droit de réméré; mais ces coutumes ayant, dans la matière du retrait lignager, rejeté le partage et donné au retrayant tous les fruits recueillis depuis les offres, à la charge du remboursement des labours et semences, *Paris*, *art.* 134, *Orléans*, *art.* 374, on peut tirer de ces dispositions un argument pour décider que suivant l'esprit de ces coutumes, le vendeur qui exerce le réméré doit pareillement avoir tous les fruits recueillis depuis les offres, en remboursant les labours et semences, y ayant même raison; sauf à dédommager d'une autre manière l'acquéreur, de la jouissance du prix qu'il a payé, comme nous le verrons *infrà*.

410. Nous avons observé que le vendeur à qui on rend l'héritage avec les fruits qui y sont pendants, doit faire raison des labours et semences. Le vendeur ne peut pas s'en dispenser sous le prétexte que lorsque l'acheteur est entré en possession, il a pareillement trouvé les fruits pendants, comme le décide fort bien Tiraqueau, *Tr. du Retr. conv.* §. 5, *gl.* 4, *n.* 17; car l'acheteur a payé pareillement ces labours et semences en achetant d'autant plus cher, eu égard aux fruits qui se trouvoient pendants; et il en fait raison au vendeur en lui faisant déduction du prix desdits fruits sur le prix du réméré.

411. Il y a une autre question sur la qualité des offres, après lesquelles les fruits qui sont recueillis appartiennent au vendeur qui exerce le réméré. Plusieurs coutumes, qui ont traité du droit de réméré, veulent que les offres soient suivies de consignation, et ce n'est que depuis la consignation qu'elles accordent les fruits au vendeur qui exerce le réméré. La raison est que le vendeur est toujours censé jouir du prix qui lui a été payé, tant qu'il ne s'en est pas dessaisi par la consignation, et que tant qu'il jouit du prix, il ne doit pas avoir les fruits de l'héritage, l'équité ne per-

mettant pas qu'il jouisse tout à-la-fois de la chose et du prix.

Dans les coutumes de Paris et d'Orléans, est-il nécessaire que les offres du vendeur qui exerce le réméré aient été suivies de consignation? Pour la négative, on dira qu'en matière de retrait lignager, ces coutumes ayant accordé au retrayant tous les fruits recueillis depuis ses offres, quoiqu'elles ne soient pas encore suivies de consignation, il semble qu'on doit décider la même chose dans le cas du réméré. On pourroit peut-être répondre qu'il n'y a pas tout-à-fait même raison. Dans le retrait lignager, les coutumes ont prescrit un certain temps court pour le remboursement ou la consignation du prix, qui ne commence que depuis l'adjudication ou la reconnoissance du retrait. Cette adjudication pouvant être différée long-temps par les chicanes de l'acquéreur, il ne seroit pas juste que le retrayant, qui est obligé de tenir toujours son argent prêt pour le remboursement du prix, aussitôt que le retrait sera adjugé ou reconnu, soit privé des fruits pendant le temps que durera la demeure injuste de l'acquéreur.

Au contraire, dans le réméré, n'y ayant aucun temps prescrit pour le remboursement ou la consignation du prix, le vendeur peut, dès le commencement de sa demande, le consigner, sur le refus fait par l'acquéreur assigné de le recevoir; et lorsqu'il ne le consigne pas, il est suspect de ne le pas avoir prêt, ou d'en jouir.

On peut ajouter, pour faire valoir cette différence, et faire voir qu'on ne doit pas à cet égard tirer argument du retrait lignager au réméré, que plusieurs coutumes qui exigent la consignation dans le cas du réméré, n'exigent que de simples offres dans le cas du retrait lignager; telle est celle du Lodunois, *tit.* 15, *art.* 12; *et tit.* 16, *art.* 2.

Nonobstant ces raisons, la commune opinion est que dans la coutume de Paris, de même que dans les autres qui ne s'en sont pas expliquées, il doit être fait raison au vendeur, dans le cas du réméré, de tous les fruits perçus depuis ces offres, quoiqu'elles n'aient pas été suivies de

consignation. L'acheteur ne doit pas profiter de sa demeure, et des mauvaises contestations qu'il a faites sur la demande du réméré, pour se conserver la jouissance d'un héritage qu'il étoit obligé de délaisser aussitôt que la demande lui en a été faite. Il ne peut pas se plaindre d'être, pendant le temps qu'a duré le procès, privé tout à-la-fois de la jouissance de l'héritage et du prix, puisqu'il n'a tenu qu'à lui de recevoir le prix qui lui étoit offert, et de ne pas faire de procès : *Damnum quod quis culpâ suâ sentit, non videtur sentire.*

412. Le vendeur qui exerce le réméré est aussi tenu de sa part à certaines prestations envers l'acheteur, ou ses successeurs sur lesquels il l'exerce.

Premièrement, le vendeur doit restituer à l'acheteur le prix pour lequel l'héritage a été vendu, ou l'en tenir quitte, s'il n'a pas encore été payé.

Quelques anciens docteurs, dont le sentiment est rapporté par Zoannetus, *Tract. de empt. vend. sub. pact. de retr. n.* 111, avoient pensé que, lorsque par la clause de réméré les parties ne s'en étoient pas expliquées, c'étoit le prix que la chose valoit au temps que s'exerçoit le réméré qui devoit être payé à celui sur qui le réméré s'exerce, plutôt que celui pour lequel la chose avoit été vendue. Le fondement de leur opinion étoit qu'ils regardoient le réméré comme une nouvelle vente, et la clause de réméré comme une pure promesse de vendre. Or, disoient-ils, lorsque quelqu'un s'est engagé à vendre quelque chose à quelqu'un dans un certain temps, sans s'expliquer sur le prix, il est censé s'être obligé à la vendre au prix qu'elle vaudroit lorsque la vente s'en feroit, et non pas au prix qu'elle valoit lors de la promesse. Cette opinion a été rejetée avec raison ; elle portoit sur un faux principe. Le réméré n'est pas proprement une nouvelle vente que l'acheteur fait au vendeur, mais une simple résolution de la vente qui a été faite. La clause de réméré est une clause résolutoire, sous laquelle la vente a été faite, et par laquelle il a été convenu qu'il seroit au pouvoir du vendeur de résoudre le contrat.

Le réméré est *distractus potiùs quàm novus contractus*, et chacun en conséquence doit reprendre de part et d'autre ce qu'il a donné. Ce principe, que le réméré est plutôt *distractus quàm novus contractus*, n'est pas douteux dans notre droit françois. C'est en conséquence de ce principe qu'il y est décidé qu'il n'est pas dû un nouveau profit de vente pour le réméré, qui néanmoins en devroit produire un nouveau, s'il renfermoit une nouvelle vente. La coutume du Poitou, *art.* 370, décide formellement que c'est le prix du contrat qui doit être rendu lorsque le vendeur use de la grace de réméré.

413. Doit-on décider la même chose, lorsque la faculté de réméré a été accordée au vendeur par une convention postérieure au contrat? Quoique cette espèce soit différente de la première, et que le réméré qui s'exerce en vertu de cette nouvelle convention ne soit pas un *distractus*, mais un nouveau contrat de vente, qui donne lieu à un nouveau profit; néanmoins je pense que le prix qui doit être rendu est celui pour lequel la chose a été vendue, et non pas le prix que la chose valoit lors du réméré. Il est vrai que, dans le cas d'une promesse de vendre, qui est absolue, et qui n'a pas de relation à un contrat précédent, le prix, lorsque les parties ne se sont pas expliquées par la promesse de vendre, doit être celui que la chose vaut au temps que se fait la vente, et non celui qu'elle valoit au temps de la promesse. Mais, dans cette espèce, la convention qui intervient entre le vendeur et l'acheteur, par laquelle on convient que le vendeur pourra réméré l'héritage, est une convention qui a une relation évidente avec le contrat de vente qui est intervenu entre les parties; et cette relation doit faire présumer que l'intention des parties a été que la revente que l'acheteur s'obligeoit de faire au vendeur, lorsqu'il le requerroit, se feroit aux mêmes conditions que la première vente, à laquelle cette convention se réfère.

414. Peut-on, par la clause de réméré, convenir que le vendeur, lorsqu'il exercera le réméré, paiera une certaine

somme plus forte que celle pour laquelle l'héritage a été vendu? Cette convention n'a rien en soi d'illicite : la faculté de réméré n'étant pas due au vendeur par la nature du contrat de vente, on peut la lui faire acheter; et quand même la somme qu'il doit payer en exerçant le réméré, au-delà de celle pour laquelle l'héritage a été vendu, seroit une somme excessive, la convention, même en ce cas, ne lui porteroit aucun préjudice. Il ne peut pas s'en plaindre, puisqu'il demeure le maître de ne pas payer cette somme, en n'exerçant pas le réméré; et qu'en ne l'exerçant pas, il est au même état que si la faculté de réméré, que l'acheteur, par la nature du contrat, n'étoit pas obligé de lui accorder, ne lui eût pas été accordée.

415. *Vice versâ*, on peut convenir que le vendeur pourra réméré pour une somme moindre que celle pour laquelle l'héritage a été vendu. Cette clause contient un bienfait et une libéralité que l'acheteur exerce envers le vendeur; et elle n'a rien d'illicite, pourvu que le vendeur soit une personne à qui les lois ne défendent pas à l'acheteur de donner.

416. Il nous reste à observer, à l'égard du prix, qu'il peut être rendu en une monnoie différente de celle en laquelle il a été payé. S'il a été payé au vendeur en or, le vendeur peut le rendre en espèces d'argent, *et vice versâ*. Pareillement, quoique depuis le paiement du prix qui a été fait au vendeur, les espèces dans lesquelles il a été payé soient augmentées ou diminuées; quoiqu'elles aient été décriées, et qu'au temps du réméré il y en ait de nouvelles qui soient de meilleur ou de plus mauvais aloi; le vendeur qui exerce le réméré doit rendre en espèces qui aient cours au temps auquel il exerce le réméré, la même somme ou quantité qu'il a reçue en paiement, et rien de plus ni de moins. La raison est que, dans la monnoie, ce ne sont pas les espèces que l'on considère, mais seulement la somme ou valeur que le souverain a voulu qu'elles signifiassent : *Ea materia formâ publicâ percussa usum dominiumque non tam ex substantiâ præbet quàm ex quantitate;*

l. 1, ff. *de contr. empt.* Ce ne sont pas tant les espèces que le vendeur est censé avoir reçues, lorsque le prix lui a été payé, que la somme ou valeur signifiée par ces espèces; et par conséquent il doit rendre, et il lui suffit de rendre la même somme ou valeur en des espèces qui aient cours, et qui soient les signes autorisés par le prince pour signifier cette valeur. Ce principe étant certain dans notre pratique françoise, il suffit de l'avoir exposé; il retranche toutes les questions que les docteurs font sur les changements de monnoie.

417. Le vendeur rend le prix sans aucuns intérêts: l'acheteur ne tenant pas compte des fruits qu'il a perçus, *suprà*, *n.* 406, il n'est pas juste que le vendeur tienne compte des intérêts; ils se compensent avec les fruits.

418. *Quid*, si l'acheteur offroit de compter des fruits? Il ne seroit pas même, en ce cas, reçu à demander les intérêts; *arrêt du* 10 *août* 1626, *cité par Leprestre* · car le réméré n'opérant la résolution du contrat que pour l'avenir, de même que l'acheteur a eu droit jusque-là de jouir de l'héritage, le vendeur a eu le droit de jouir du prix; et l'on ne peut par conséquent lui en demander les intérêts. Si les fruits avoient été abondants, et qu'ils eussent surpassé les intérêts du prix, l'acheteur auroit eu ce prix; donc il doit souffrir la perte, s'ils sont moindres.

419. Lorsque l'acheteur n'a pas perçu les fruits de l'année dans laquelle s'est exercé le réméré, parcequ'ils se sont trouvés pendants par les racines, le vendeur qui a eu ces fruits doit faire raison des intérêts du prix pour cette année; autrement il auroit tout à-la fois la jouissance de la chose et celle du prix, ce que l'équité ne permet pas. C'est l'avis du nouveau commentateur de la coutume de la Rochelle.

420. Lorsque, par le contrat de vente, il a été imposé à l'acheteur, outre le prix, quelque charge que l'acheteur a acquittée, le vendeur qui exerce le réméré doit rendre à l'acheteur, outre le prix, la somme à laquelle sera estimée cette charge. Par exemple, si je vous ai vendu sous faculté

de réméré une chose pour une certaine somme, et à la charge que vous me copierez un certain manuscrit; je serai obligé, lorsque j'exercerai le réméré, de vous rendre, outre le prix porté par le contrat, la somme à laquelle on estimera le prix de la copie que vous m'avez faite; car cette charge qui vous a été imposée par le contrat, et que vous avez acquittée, fait partie du prix.

421. Le vendeur qui exerce le réméré doit aussi rembourser à l'acheteur tout ce que ce dernier a payé par forme de pot-de-vin ou d'épingles, à la femme, aux enfants, ou aux domestiques du vendeur, lorsque ces pots-de-vin ou épingles ont été stipulés par le contrat, car cela fait partie du prix.

422. Le vendeur qui exerce le réméré doit aussi rembourser à l'acheteur tous les loyaux coûts de son acquisition, tels que sont les frais du contrat de vente, les centièmes deniers, les profits seigneuriaux, et généralement tout ce qu'il en a coûté à l'acheteur pour acquérir; car la faculté de réméré n'étant pas due au vendeur par la nature du contrat, et étant pour cela appelée par plusieurs coutumes, *grace de réméré;* l'acheteur, qui accorde cette faculté au vendeur pour lui faire plaisir, est censé ne l'accorder qu'à la charge qu'il sera rendu indemne.

423. On va même jusqu'à soutenir qu'il doit être remboursé des choses dues pour son acquisition, *putà*, au seigneur pour lods et ventes, quoiqu'on lui en ait fait remise, ou qu'il en fût exempt à cause de quelque privilége; parceque c'est lui qui doit profiter du don qu'on a voulu lui faire, aussi bien que de son privilége, plutôt que le vendeur, qui exerce le réméré sur lui.

424. Enfin le vendeur qui exerce le réméré doit rembourser à l'acheteur les impenses nécessaires, autres que celles de simple entretien; car celles-ci sont des charges de la jouissance, qui doivent être portées par l'acheteur qui a eu cette jouissance.

425. A l'égard des impenses utiles et non nécessaires, quelques coutumes, qui ont traité du droit de réméré, ont

fait à cet égard une distinction entre le cas auquel le réméré n'est accordé que pour un an, et le cas auquel il est accordé pour plusieurs années. Elles refusent, au premier cas, le remboursement de ces impenses, de même que dans le cas du retrait lignager : elles l'accordent dans le second cas; *Angoumois*, 79; *Poitou*, 371. Cette distinction est très équitable, et me paroît devoir être suivie dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. Un acheteur ne souffre pas un grand préjudice d'être empêché d'améliorer l'héritage pendant le court espace d'un an; mais il souffriroit un trop grand préjudice, et ce seroit même une chose contraire à l'intérêt public, s'il en étoit empêché pendant un long temps. Il est donc équitable en ce cas, que le vendeur lui rembourse le coût des impenses, qui, quoique non nécessaires, étoient au moins utiles, et ont rendu l'héritage plus précieux; mais il ne les doit rembourser que jusqu'à concurrence de ce que l'héritage s'en trouve plus précieux : il suffit même quelquefois, lorsqu'elles sont trop considérables, que le vendeur permette à l'acheteur de les enlever, si cela peut se faire. A l'égard de celles qui sont purement voluptuaires, l'acheteur n'en peut pas exiger le remboursement; mais il a seulement la faculté de les enlever, lorsque cela se peut faire.

426. Lorsque le réméré s'exerce contre un tiers détenteur, le vendeur est tenu envers ce tiers aux mêmes prestations auxquelles il seroit tenu, si le réméré s'exerçoit contre l'acheteur. C'est pourquoi si je vous ai vendu mon héritage avec faculté de réméré, et que vous l'ayez revendu à un tiers pour un prix plus cher, je ne serai obligé de rembourser à ce tiers que le prix pour lequel je vous l'ai vendu; car vous n'avez pu par votre fait, en revendant l'héritage, rendre plus onéreuse la condition de mon droit de réméré : *Nemo ex alterius facto prægravari debet.*

Vice versâ, si ce tiers a acheté l'héritage pour un prix moindre que celui pour lequel je vous l'ai vendu, je ne laisserai pas d'être tenu de lui rendre le prix entier pour lequel je vous l'ai vendu; car vous êtes censé, en lui ven-

dant l'héritage, lui avoir vendu tous les droits que vous aviez par rapport à cet héritage, qui peuvent tendre à en retenir la possession, et par conséquent celui de répéter de moi ce prix entier, en cas de réméré.

427. Lorsque l'acheteur, sur l'action de réméré, a été condamné à délaisser l'héritage au vendeur, le vendeur ne peut le contraindre à ce délais, qu'il ne l'ait préalablement remboursé du prix et des loyaux coûts qui sont liquides. Lorsque l'acheteur refuse de recevoir, il faut que le vendeur lui fasse des offres par une sommation, et qu'il obtienne un jugement qui les déclare valables, et qui permette de consigner. Ce n'est qu'après ce jugement, et la consignation faite en conséquence, et dûment signifiés, que le vendeur peut contraindre l'acheteur à lui faire le délais de l'héritage.

A l'égard des loyaux coûts et impenses qui ne sont pas liquides, le vendeur n'est pas obligé d'attendre que la liquidation en soit faite, pour se faire délaisser l'héritage.

428. Il n'y a aucun terme fatal dans lequel le vendeur soit tenu de satisfaire aux prestations dont il est tenu. Il est toujours à temps jusqu'à ce que, par jugement, il ait été déclaré déchu, faute d'y avoir satisfait; il doit seulement les dépens des poursuites faites contre lui par l'acheteur.

429. C'est une question, si l'acheteur, qui a acquiescé à la demande en réméré, ou qui, sur cette demande, a été condamné à délaisser l'héritage, peut contraindre le vendeur à exercer le réméré. Nous traiterons cette question en notre Traité du retrait, qui sert d'appendice à celui-ci; nous y renvoyons.

§. VI. De l'effet du réméré.

430. L'effet du réméré, lorsque la clause du réméré est portée par le contrat de vente, est d'opérer pour l'avenir la résolution du contrat de vente. Le vendeur qui, en exécution de cette clause, rentre dans l'héritage qu'il avoit vendu, ne l'acquiert pas proprement de nouveau; le ré-

méré est plutôt une résolution et une cessation de l'aliénation qu'il en avoit faite, qu'une nouvelle acquisition.

431. De ce principe dérivent plusieurs corollaires ; 1° qu'il n'est pas dû un nouveau profit pour le réméré, puisqu'il ne renferme pas une nouvelle vente, mais une cessation de la première ; 2° que le vendeur qui est rentré dans l'héritage en vertu de cette faculté de réméré, en redevient propriétaire au même titre auquel il étoit avant qu'il l'eût vendu ; d'où il suit, 3° que cet héritage dont il redevient propriétaire, reprend les mêmes qualités qu'il avoit lorsqu'il l'a vendu : s'il étoit propre d'une certaine ligne, il reprend la même qualité de propre de cette ligne. 4° Si le vendeur étoit en foi pour l'héritage lorsqu'il l'a vendu, quand il en redevient propriétaire par le réméré, il n'est pas obligé d'en porter la foi de nouveau au seigneur à qui il l'a portée ; car redevenant propriétaire au même titre, la foi en laquelle il a été reçu comme propriétaire à ce titre, doit revivre ; *voyez l'Introduction au titre* 1 *de la coutume d'Orléans*, *n.* 15. 5° Le vendeur qui exerce le réméré reprend l'héritage sans la charge des hypothéques et autres droits réels que l'acheteur avoit imposés : car il ne tient pas cet héritage de lui ; il ne l'acquiert pas de lui : il en redevient propriétaire par la résolution de la vente qu'il en avoit faite, et par la résolution de l'extinction du droit de l'acheteur ; d'où il suit que toutes les charges imposées par l'acheteur doivent pareillement se résoudre, suivant la régle, *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis:* l'acheteur, qui n'avoit qu'un droit résoluble, n'a pu donner à d'autres plus de droit qu'il n'en avoit lui-mêne.

432. Il faut décider tout le contraire de ce que nous venons d'établir, lorsque la faculté de réméré n'a été accordée que par une convention postérieure au contrat de vente, et *ex intervallo*.

Le réméré est en ce cas une vraie revente que l'acheteur fait au vendeur, en exécution d'une nouvelle convention qui ne fait pas partie du premier contrat de vente : le ven-

deur acquiert de nouveau l'héritage; il le tient de l'acheteur, qui le lui rend en vertu de cette nouvelle convention; c'est pourquoi il est dû un nouveau profit de vente. Le vendeur, comme propriétaire de cet héritage en vertu d'un nouveau titre, est obligé d'en porter la foi de nouveau; l'héritage lui est acquêt, quand même il auroit été propre lorsqu'il l'a vendu; et il l'acquiert avec la charge des hypothéques et autres droits réels qui ont été imposés par l'acheteur, de qui il est censé l'acquérir.

433. Domat, *lib.* 1, *tit.* 2, *s.* 12, *n.* 8, convient que lorsque la faculté de rachat n'étoit accordée que depuis le contrat, le vendeur qui l'exerce est tenu des hypothéques imposées par l'acheteur depuis le contrat; mais il ajoute qu'il n'est tenu que de celles imposées avant l'acte qui a accordé la faculté de rachat. Cette décision de Domat doit être restreinte au cas auquel l'acte par lequel cette faculté auroit été accordée, seroit un acte passé devant notaires, ou reconnu en justice, qui donne au vendeur une hypothéque sur l'héritage pour l'exécution de l'obligation que contracte envers lui l'acheteur par cet acte. Sans cela, quand même l'acte auroit une date constatée, soit par le contrôle, soit par le décès de quelqu'une des parties qui l'auroient souscrit, le vendeur seroit tenu des hypothéques imposées, quoique depuis l'acte; car le vendeur n'acquérant, par cet acte contre l'acheteur, qu'une créance personnelle pour se faire rendre l'héritage, cet acheteur, qui demeure toujours le propriétaire de l'héritage, jusqu'à ce que le vendeur exerce la faculté de réméré qu'il lui a accordée, conserve toujours, en cette qualité de propriétaire, la faculté de l'aliéner et de l'hypothéquer. Cet acte ne peut pas donner plus de droit au vendeur que ne lui en donneroit un acte par lequel l'acheteur lui auroit précisément revendu l'héritage. Or un tel acte n'empêcheroit pas l'acheteur de pouvoir, jusqu'à la tradition, l'aliéner et l'hypothéquer à d'autres, comme nous vu *suprà*, *n.* 319, 320.

§. VII. Comment s'éteint le droit de réméré.

434. La convention qui accorde au vendeur la faculté de réméré, ou contient un temps limité dans lequel il doit l'exercer, ou elle n'en contient aucun.

Lorsqu'elle n'en contient aucun, le droit de réméré s'éteint par la prescription ordinaire de trente ans, par laquelle s'éteignent tous les autres droits, lorsque celui à qui ils appartiennent n'en a pas usé dans ledit temps; et la minorité de ceux à qui le droit appartient empêche le temps de cette prescription de courir; *voyez* sur cette prescription *notre Introduction au titre* 14 *de la coutume d'Orléans, sect.* 2.

435. Lorsque, par la convention, il y a un temps limité dans lequel le réméré doit être exercé, le vendeur ou ceux qui ont succédé à ce droit doivent exercer ce droit dans le temps convenu, et leur minorité n'empêche pas ce temps de courir contre eux: car l'acheteur ayant limité un temps pendant lequel il a consenti de souffrir le réméré, la minorité de ceux à qui ce droit appartient ne doit pas changer la condition de la convention, et obliger l'acheteur à plus qu'il n'a voulu être obligé, ni par conséquent l'obliger à souffrir le réméré pendant un temps plus long que celui pendant lequel il a consenti de le souffrir; *Arrêt de* 1575, *rapporté par Despeisses.*

436. De là il suit que la convention de réméré, qui ne porte aucun temps limité, et celle qui porteroit que le vendeur auroit la faculté de réméré pendant le temps de trente ans, sont différentes l'une de l'autre. Il est vrai que dans l'une et dans l'autre espèce, le droit de réméré se prescrit par le temps de trente ans; mais dans la première espèce, qui ne limite aucun temps, ce temps de trente ans étant le temps d'une prescription purement légale, ne court pas contre les mineurs auxquels le droit de réméré appartiendroit; au lieu que dans la seconde espèce, le temps de trente ans étant porté par la convention, la prescription qui résulte du laps de ce temps est une prescription conventionnelle, qui court contre les mineurs.

437. La jurisprudence a établi une seconde différence entre la prescription légale et la prescription conventionnelle : le droit de réméré est éteint de plein droit par l'expiration du temps de la prescription légale, lorsqu'elle n'a pas été interrompue ; au lieu que la jurisprudence a établi que le droit de réméré n'étoit pas éteint par l'expiration du temps de la prescription conventionnelle, et qu'il falloit, pour l'éteindre, qu'après l'expiration de ce temps, l'acheteur sujet au réméré obtînt contre le vendeur ou ses successeurs, à qui le droit de réméré appartient, une sentence qui les en déclarât déchus.

Cette jurisprudence a commencé à s'introduire par un arrêt rendu *consultis classibus*, en la cinquième chambre des enquêtes, au mois de mars 1650, qui est rapporté par Leprestre parmi les arrêtés de cette chambre, et par Brodeau sur Louet, *l.* 5, *chap.* 12. Il a été suivi de quelques autres arrêts ; et tous ceux qui ont écrit depuis ont regardé cette jurisprudence comme constante : elle est fondée sur ce que ces ventes sont le plus souvent faites dans des circonstances dans lesquelles l'acheteur profite de la nécessité où est le vendeur de vendre, pour acheter la chose à vil prix, ce qui rend la cause du vendeur favorable, et celle de l'acheteur défavorable. Suivant cette jurisprudence, quoique le terme dans lequel le réméré doit s'exercer soit fixé et déterminé par le contrat ; néanmoins, tant que l'acheteur n'a pas obtenu un jugement de déchéance, le vendeur conserve toujours le droit d'exercer le réméré, jusqu'à ce qu'il en soit déchu par la prescription légale de trente ans.

438. Quoique Leprestre, qui rapporte l'arrêt de 1650, dise que, suivant cet arrêt, le vendeur contre qui on n'a pas obtenu de jugement de déchéance après l'expiration du terme limité par le contrat, n'en peut être déchu que par la prescription de trente ans, à compter depuis l'expiration du terme ; néanmoins il me paroît que cette prescription doit courir du jour du contrat de vente, où cette faculté est stipulée, et non pas seulement du jour de l'expiration

du terme : car la prescription légale, contre quelque droit que ce soit, court du jour que ce droit est ouvert, et qu'il a pu être exercé. Or le droit de réméré que s'est retenu le vendeur a été ouvert dès le temps du contrat; et le vendeur, dès ce temps, ne pouvoit être empêché de l'exercer : c'est donc du jour du contrat que la prescription doit courir. Lorsque la faculté de réméré accordée par le contrat est illimitée, il n'est pas douteux que la prescription contre le réméré court du jour du contrat. Pourquoi celui qui n'a qu'un droit de réméré borné à un certain temps seroit-il, à cet égard, de meilleure condition que celui qui s'est retenu un droit de réméré perpétuel et illimité?

439. La prescription de trente ans, qui éteint le droit de réméré du vendeur contre qui on n'a pas obtenu un jugement de déchéance, étant la prescription légale et ordinaire que la loi accorde contre les actions, elle ne doit pas courir contre les mineurs; car la loi ne l'accorde que *contre âgés et non privilégiés*. M. Vaslin, qui nous a donné un fort bon commentaire sur la coutume de la Rochelle, est d'avis contraire : il dit que la prescription de trente ans n'est en ce cas qu'une prorogation de la prescription conventionnelle accordée par la jurisprudence au vendeur contre qui on n'a pas obtenu un jugement; qu'elle est de même nature que la prescription conventionnelle, et qu'elle doit par conséquent courir contre les mineurs, de même que la prescription conventionnelle court contre eux. Mais sur quoi est fondé ce prétendu principe? Une jurisprudence peut bien exiger l'observation de quelque formalité, pour donner effet à une convention; mais elle ne peut changer le temps porté par la convention, et le prolonger : elle ne peut pas feindre que les parties soient convenues d'un autre temps que celui qui est exprimé par la convention. Il est bien plus naturel de dire que les droits et actions qui sont sujets à une prescription conventionnelle n'en sont pas moins sujets à la prescription légale de trente ans, qui embrasse généralement toutes les actions personnelles, sans en excepter aucune; qu'en conséquence la jurispru-

dence ayant établi que, faute par l'acheteur d'avoir obtenu un jugement de déchéance, la prescription conventionnelle n'a point d'effet, ce droit de réméré, qui n'a point été éteint par la prescription conventionnelle, ne peut plus l'être que par la prescription légale et ordinaire de trente ans.

440. Le même auteur a une autre opinion, qui ne me paroît pas mieux fondée que la première. Il prétend que cette jurisprudence ne doit avoir lieu que contre le vendeur lui-même, lorsqu'il exerce lui-même pour son compte le droit de réméré, et qu'elle n'a pas lieu contre un tiers cessionnaire du droit de réméré, lequel, selon son opinion, doit être déclaré non recevable dans l'action de réméré, qui lui a été cédée aussitôt après l'expiration du temps accordé par la convention, quoique l'acheteur n'ait pas obtenu un jugement de déchéance. Sa raison est que cette jurisprudence ayant été établie contre la rigueur des principes, pour subvenir au vendeur, qu'on présumoit facilement avoir été obligé, par la nécessité de ses affaires, de vendre à vil prix, et par conséquent par une raison personnelle au vendeur, elle ne devroit avoir lieu qu'en faveur et au profit du vendeur lui-même, et non au profit de son cessionnaire. Je ne crois pas cette raison suffisante pour embrasser cette opinion, qui d'ailleurs n'est pas autorisée. Quoique ce soit par une raison de faveur pour le vendeur, que cette jurisprudence a été établie, néanmoins il suffit qu'elle ait été établie, pour que le cessionnaire du vendeur en doive profiter : il suffit qu'il ait été établi que l'expiration du temps de la convention n'étoit pas seule suffisante sans un jugement de déchéance, pour éteindre l'action de réméré, pour qu'elle ne puisse seule l'éteindre, même depuis que l'action de réméré a été cédée à un tiers; car cette action, quoique cédée, réside toujours dans la personne du vendeur, dont le tiers, qui est son cessionnaire, n'est que le *procurator in rem suam*, et qui doit par conséquent jouir de la faveur que mérite la cause de celui dont il exerce les droits. Le vendeur a même un grand in-

térêt que son cessionnaire jouisse comme lui du droit de pouvoir exercer le réméré après l'expiration du temps, tant qu'il n'y a pas de jugement de déchéance; car autrement il s'ensuivroit que le vendeur, qui souvent n'a pas le moyen d'exercer par lui-même le réméré, ne pourroit plus, après l'expiration du temps, céder son droit à un tiers. Vaslin s'est trouvé forcé de convenir que le vendeur qu'on n'a pas fait déchoir peut, même après l'expiration du temps, céder son droit, et que le cessionnaire peut en ce cas l'exercer, quoique après l'expiration du temps; mais il prétend qu'il est non recevable, lorsque la cession lui a été faite avant l'expiration du temps. Ces distinctions, qui ne sont appuyées d'aucune autorité, ne me paroissent pas devoir être admises.

441. Suivant un arrêt du 27 mars 1669, rapporté par Soëfve, *cent.* 4, *ch.* 36, cette jurisprudence a reçu une exception dans l'espèce d'un droit de réméré qui, après l'expiration du temps porté par le contrat de vente, avoit été prorogé par une nouvelle convention pour un certain temps, avec une clause expresse que le vendeur seroit déchu après l'expiration du temps de la prorogation, sans qu'il fût besoin d'obtenir contre lui un jugement de déchéance : le vendeur ayant donné sa demande après le temps de la prorogation expiré, fut déclaré par cet arrêt non recevable.

442. Cette jurisprudence, qui exige un jugement de déchéance, n'a pas été suivie dans le Poitou, en conséquence de l'article 367 de cette coutume, qui dit en termes formels que ce retrait doit être exercé dans le temps de la grace; et M. Vaslin, en son commentaire sur la coutume de la Rochelle, rapporte un arrêt du 18 août 1747, qui a confirmé à cet égard l'usage de cette province.

443. Le droit de réméré s'éteint aussi de toutes les différentes manières dont toutes les créances s'éteignent; par la remise, la novation, la confusion, la perte de la chose arrivée sans le fait ni la faute, et avant la demeure du débiteur.

444. Le vendeur est censé àvoir fait remise de son droit de réméré, lorsqu'il a donné son consentement au contrat de vente que l'acheteur a fait à un tiers, de l'héritage sujet au réméré, par lequel contrat l'héritage n'étoit pas déclaré y être sujet; *Despeisses.*

445. C'est aussi une renonciation tacite au droit de réméré, lorsque le vendeur, après avoir donné la demande pour l'exercer, et avoir consigné le prix, a retiré sa consignation; *Despeisses.*

SECTION IV.

De la clause de résolution du contrat de vente, si le vendeur trouve dans un certain temps une condition plus avantageuse.

446. C'étoit une clause usitée autrefois chez les Romains, dans les contrats de vente, de stipuler que le contrat de vente ne tiendroit pas, si le vendeur, par la suite, et dans l'espace d'un certain temps limité par le contrat, trouvoit un autre acheteur qui lui fît une condition plus avantageuse.

On appeloit la vente faite avec cette clause, *addictio in diem.*

Paul la décrit en la loi 1, ff. *de in diem add. Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra kalendas januarias proximas meliorem conditionem fecerit.*

Cette condition, suivant la différente intention qu'avoient les parties contractantes, ou étoit une véritable condition, qui suspendoit le contrat jusqu'à son accomplissement, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'il fût constant, par l'expiration du temps, que le vendeur n'auroit pas trouvé une condition plus avantageuse; ou elle formoit seulement une cause résolutoire, qui n'arrêtoit pas la perfection de la vente, mais donnoit seulement au vendeur, lors de l'accomplissement de la condition, le droit de demander la résolution du contrat; l. 2, ff. *d. tit.*

C'est de cette clause résolutoire, et de l'action qui en naît, que nous traiterons dans cette section. Nous verrons,

1° quand il y a lieu à la résolution du contrat en vertu de cette clause. 2° Nous traiterons de l'action qui en naît.

§. I. Quand y a-t-il lieu à la résolution du contrat, en vertu de cette clause ?

447. Pour qu'il y ait lieu à la résolution du contrat en vertu de cette clause, et à l'action qui en naît, il faut qu'il se soit trouvé un second acheteur qui ait véritablement acheté à une condition plus avantageuse au vendeur, et que cet acheteur ne soit pas un acheteur supposé. Au reste, pourvu que ce ne soit pas un acheteur supposé, il y a ouverture à l'action, quand même le premier acheteur opposeroit que ce second acheteur n'est pas solvable : il suffit que le vendeur le trouve bon et solvable; l. 14, §. 2, ff. *de in diem add.*

Si l'insolvabilité de ce second acheteur prétendu étoit tellement notoire qu'elle ne pût être révoquée en doute, comme si c'étoit un mendiant, il y auroit présomption en ce cas que c'est un acheteur supposé, et il n'y auroit pas ouverture à cette action.

448. Il faut que la condition du second marché soit plus avantageuse; et elle est réputée telle, non seulement lorsque la seconde vente est faite à un prix plus fort que la première, mais aussi lorsqu'étant faite pour un prix égal à celui de la première, les conditions de cette seconde vente renferment quelque avantage que ce soit pour le vendeur, qui ne se trouvoit pas dans les conditions de la première vente. Il y a plus : quand même la seconde vente seroit faite à un prix moindre que celui de la première, si cet avantage que renferment les conditions de la seconde vente est d'une plus grande valeur que n'est la somme dont le prix de la première vente excède celui de la seconde, la seconde vente doit être réputée plus avantageuse, et en conséquence elle doit donner ouverture à la clause résolutoire de la première. C'est ce qui résulte de la loi 4, §. *fin.* ff. *de in diem add. Et si nihil pretio addatur, solutio tamen offeratur facilior pretii, vel maturior, melior conditio afferri*

videtur.... Proindè si quis accedat ejusdem pretii emptor, sed qui levioribus emat conditionibus, vel qui satisdationem nullam exigat, melior conditio allata videbitur; ergo idem erit probandum, et si viliore pretio emere paratus sit, ea tamen remittat quæ venditori gravia erant in priore venditione.

Par exemple, si j'ai vendu un héritage pour la somme de 10,200 livres, avec la clause que l'acheteur auroit terme d'un an pour le faire décréter sur lui, pendant lequel temps il retiendroit le prix sans intérêts, comme aussi avec la clause que la vente n'auroit pas lieu si je trouvois dans le mois une condition plus avantageuse; je serai censé l'avoir trouvée, si dans ledit temps je trouve un autre acheteur qui achète cet héritage pour le prix d'une somme de 10,000 livres seulement, mais payable comptant et sans décret; car l'avantage que j'ai de recevoir le prix comptant, sans attendre le décret, vaut plus que la somme de 200 livres, dont le prix de la première vente excédoit celui de la seconde.

449. *Vice versâ*, quoique la seconde vente ait été faite pour un prix plus grand que celui de la première, elle ne sera pas censée plus avantageuse, et ne donnera pas ouverture à la clause résolutoire, si ce qu'il y a de plus dans le prix de la seconde vente est contre-balancé par la dureté des conditions de cette seconde vente, qui ne se trouvent pas dans la première; *d.* l. 15, §. 1, ff. *d. tit.* On peut rapporter pour exemple le cas inverse de celui proposé ci-dessus. *Finge.* La première vente a été faite pour le prix de 10,000 livres seulement, payable comptant et sans décret; la seconde, quoique faite pour le prix de 10,200 livres, ne sera pas réputée plus avantageuse, si elle est faite à la condition que l'acheteur retiendra le prix sans intérêts pendant un an, durant lequel il pourra faire un décret.

450. Pour qu'il y ait lieu à la résolution du contrat en vertu de cette clause, il ne suffit pas qu'il se soit présenté un second acheteur, qui ait offert au vendeur des conditions plus avantageuses que celles du premier marché; il faut que le vendeur les ait acceptées : car cette clause est

présumée n'avoir été apposée qu'en faveur du vendeur : et comme il est permis à chacun de ne pas user de ce qui est établi en sa faveur, quelque avantageuses que soient les conditions offertes au vendeur, il lui est permis de ne pas les accepter, et de s'en tenir à la vente qu'il a faite : l'acheteur ne peut être recevable à demander la résolution du contrat, en vertu de cette clause qui n'a pas été apposée en sa faveur, mais seulement en faveur du vendeur. C'est la disposition de la loi 9, ff. *d. tit. Sabinus scribit licere venditori, meliorem conditionem oblatam abjicere, sequique primam; et ita utimur.*

Ces principes ont lieu, à moins que les parties contractantes ne se soient formellement expliquées au contraire : *Si hoc erat nominatìm actum ut liceret resilire emptori meliore conditione allatâ; dicendum erit dissolutam priorem emptionem, etiamsi venditor sequentem non admittat;* d. l. 9.

451. L'acceptation que le vendeur doit faire des conditions plus avantageuses qui lui ont été offertes, étant une condition requise pour la résolution du contrat en vertu de cette clause, et l'accomplissement des conditions étant indivisible, comme nous l'avons vu en notre Traité des obligations, *n.* 215, il suit de là que lorsque plusieurs ont vendu une chose par un même contrat et pour un même prix, avec cette clause, si un seul des vendeurs rejette les conditions plus avantageuses qui ont été offertes par un second acheteur qui s'est présenté; quelque avantageuses qu'elles soient, et quoiqu'elles aient été acceptées par les autres vendeurs, il n'y aura pas lieu à la résolution du contrat en vertu de cette clause, qui demeurera en ce cas sans effet, et le premier marché tiendra : *Si tribus vendentibus duo posteriori addixerint, unus non admiserit adjectionem.... si uno pretio vendiderint, dicendum est totam priori emptam manere;* l. 11, §. *fin.;* l. 13, ff. *dict. tit.*

452. Si les vendeurs avoient vendu, avec cette clause, chacun leur part pour des prix séparés, y ayant en ce cas différents marchés, ceux des vendeurs qui auroient accepté les conditions plus avantageuses offertes par le second

acheteur, pourroient demander, chacun pour leur part, la résolution du contrat; et le premier contrat de vente tiendroit seulement pour la part de celui d'entre les vendeurs qui auroit rejeté ces conditions; *d.* l. 11, §. *fin.*; l. 12.

Observez néanmoins que s'il paroissoit par les circonstances que ce premier acheteur n'a voulu acheter la chose qu'autant qu'il l'auroit entière, cet acheteur ayant souffert la résolution du contrat pour les parts de ceux des vendeurs qui ont accepté le marché proposé par le second acheteur, pourroit obliger celui des vendeurs qui n'a pas voulu l'accepter, à reprendre la part qu'il lui a vendue; *d.* l. 13, *in fin. Vide notam ad h. l. in Pand. Justin.*; *d. tit. n.* 13, *not. d.*

453. Enfin, pour qu'il y ait lieu à la résolution du contrat en vertu de cette clause, il faut que les conditions plus avantageuses qui ont été offertes par un second acheteur qui s'est présenté, aient été notifiées au premier acheteur, qu'on lui ait offert la préférence pour retenir la chose à ces conditions, et qu'il ait été refusant de l'acheter: *Licet venditori, meliore allatâ conditione, addicere posteriori, nisi prior paratus sit* PLUS *adjicere*; l. 9, ff. *d. tit.*, c'est-à-dire *plus quàm ipse priori contractu promisit, et tantumdem quantùm posterior emptor adjecit*; comme il paroît par ce qu'ajoute Paul en la loi suivante : *Necesse autem habebit venditor, meliori conditione allatâ, priorem emptorem certiorem facere, ut si quid alius adjecit, ipse quoque adjicere possit*; l. 8. ff. *d. tit.* Cujas, *ad h. l. lib.* 33; Paul, *ad ed.*

§. II. De l'action qui naît de cette clause.

454. L'action qui naît de cette clause est une branche de l'action *ex vendito*, par laquelle le vendeur conclut contre l'acheteur à la résolution du contrat, et en conséquence au délais et à la restitution de la chose vendue, si mieux n'aime l'acheteur se soumettre aux nouvelles conditions qui ont été offertes au vendeur.

455. La clause d'où naît cette action faisant partie du contrat, et étant une condition de l'aliénation, cet héritage

est affecté à l'exécution de cette clause; d'où il suit que l'action qui naît de cette clause est une action personnelle réelle, et qu'en conséquence le vendeur peut, en dirigeant son action contre l'acheteur pour faire prononcer la résolution du contrat, la diriger en même temps contre un tiers détenteur, pour le faire condamner, en conséquence de la résolution du contrat, à délaisser l'héritage.

Je pense que le tiers détenteur doit avoir l'option qu'auroit eue l'acheteur, de retenir l'héritage en se soumettant aux nouvelles conditions offertes au vendeur; car ce tiers détenteur étant aux droits de l'acheteur, doit jouir des mêmes droits que lui.

456. Il n'est pas douteux que cette action est transmissible aux héritiers du vendeur, et cessible, quoiqu'elle réside en la personne du vendeur.

Le second acheteur, comme exerçant à cet égard les droits du vendeur, doit être reçu à cette action comme le premier acheteur, pour éviter le circuit d'actions.

457. Tout ce que nous avons dit en la section précédente, à l'égard de l'action de réméré, sur les prestations respectives dont est tenu l'acheteur envers le vendeur, et le vendeur envers l'acheteur, peut recevoir application à l'égard de cette action.

OBSERVATION.

458. Les contrats de vente avec cette clause, tels qu'ils étoient usités chez les Romains, sont peu usités parmi nous. Il est vrai que dans nos ventes judiciaires les remises et les adjudications sauf quinzaine ont beaucoup de ressemblance avec cette espèce de vente. Elles en sont néanmoins différentes : nous en observerons les différences *infrà*, *partie* VI, dans la section où nous traiterons des ventes judiciaires.

SECTION V.

De la résolution du contrat de vente, en vertu du pacte commissoire.

459. Le pacte commissoire est une clause ou conven-

tion qui s'insère quelquefois dans les contrats de vente, par laquelle les parties conviennent que si l'acheteur ne paie pas le prix dans un certain temps limité, le contrat sera résolu.

§. I. Différence du droit romain et de notre droit sur le pacte commissoire.

460. Notre jurisprudence est à cet égard différente du droit romain. Par le droit romain, le pacte commissoire étoit censé avoir opéré de plein droit la résolution du contrat de vente, lorsque l'acheteur n'avoit pas payé dans le temps porté par la convention; de manière que l'acheteur ne pouvoit pas, par des offres de paiement faites depuis l'expiration de ce temps, empêcher la résolution du contrat.

Observez néanmoins qu'il faut pour cela, 1° que le vendeur n'ait apporté aucun empêchement au paiement; l. 8, ff. *de lege comm.*; l. 10, §. 1, *resc. vend.*; 2° il faut que le vendeur veuille user du droit que lui donne ce pacte.

Selon notre jurisprudence, le pacte commissoire n'opère pas de plein droit la résolution du contrat par défaut de paiement dans le temps limité; il donne seulement au vendeur, en ce cas, une action pour demander la résolution du contrat, qui n'est opérée, au moins irrévocablement, que par la sentence qui, par cette action, déclare le contrat nul et résolu, faute par l'acheteur d'avoir payé. L'acheteur peut donc, jusqu'à ce que la sentence soit intervenue, quoiqu'après l'expiration du terme, empêcher la résolution du contrat par des offres.

§. II. En faveur de qui est censé se faire le pacte commissoire, et quel en est l'effet.

461. Le pacte commissoire est censé ne se faire qu'en faveur du vendeur, et il n'acquiert de droit qu'à lui. C'est pourquoi, suivant la maxime, *Unicuique licet juri in favorem suum introducto renuntiare*, le vendeur qui n'est pas

payé peut ne pas user de ce pacte, et, au lieu de demander la résolution du contrat, poursuivre l'acheteur pour le paiement, sans que l'acheteur puisse être admis à la demander. C'est ce que décide Ulpien en la loi 3, ff. *de leg. comm. Legem commissoriam quæ in venditionibus adjicitur, si volet venditor exercebit, non etiam invitus.*

462. Le vendeur n'a ce choix d'user du pacte commissoire, ou de contraindre l'acheteur au paiement du prix, que tant qu'il n'a pas encore opté l'un des deux partis. Lorsqu'il a une fois conclu à la résolution du contrat, il n'est plus dès-lors recevable à demander le prix : *Papinianus scribit... non posse, si commissoriam elegit, posteà variare;* l. 4, §. 2, ff. *d. t.* La raison en est évidente, suivant les principes du droit romain; car suivant ces principes, le défaut de paiement dans le temps limité par le pacte commissoire opère de plein droit la résolution du contrat, sous la condition que le vendeur voudra user de ce pacte. Ainsi, dès que le vendeur a déclaré sa volonté, en concluant à la résolution du contrat, la vente est résolue, l'obligation de payer le prix ne subsiste plus, et le vendeur ne peut plus le demander, mais seulement répéter la chose vendue.

Même dans notre jurisprudence, qui requiert une sentence pour opérer, au moins d'une manière irrévocable, la résolution du contrat en vertu du pacte commissoire, je pense qu'on doit pareillement décider, conformément à la loi citée, que le vendeur qui a une fois conclu à la résolution du contrat en vertu du pacte commissoire, n'est plus recevable à changer ses conclusions, et à demander le paiement du prix, même dans le cas auquel l'acheteur n'auroit encore signifié aucun consentement aux conclusions du vendeur : car l'acheteur les a suffisamment consenties d'avance, par la clause qui est au contrat de vente; et ce consentement donné d'avance aux conclusions du vendeur pour la résolution du contrat, en a suffisamment opéré la résolution, de manière que la sentence ne fait plus que la déclarer et la confirmer. Il est vrai qu'avant la

sentence cette résolution du contrat n'est pas, dans notre jurisprudence, opérée d'une manière irrévocable, et que l'acheteur est admis jusqu'à la sentence à en empêcher l'effet, par des offres de payer le prix; mais c'est une pure grace que notre jurisprudence accorde à l'acheteur, qui ne doit pas être rétorquée contre lui, lorsqu'il ne veut pas s'en servir.

463. *Vice versâ*, lorsque depuis l'expiration du temps porté par le pacte commissoire, le vendeur a poursuivi l'acheteur pour le paiement du prix, il est censé avoir renoncé au droit que lui donne le pacte, et il ne peut plus, en abandonnant ses poursuites, conclure à la résolution du contrat: *Post diem commissoriæ legi præstitutum, si venditor pretium petat, commissoriæ legi renuntiatum videtur; nec variare, et ad hanc redire potest;* l. 7, ff. *dict. tit.*

§. III. De l'action qui naît du pacte commissoire.

464. Le pacte commissoire étant une clause apposée au contrat de vente, et qui en fait partie, l'action qui en naît est une branche de l'action personnelle *ex vendito: Qui eâ lege prædium vendidit, ut nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur; si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem* EX VENDITO; l. 3, *Cod. de pact. inter empt. et empt.*

465. Cette action est personnelle réelle, et peut être intentée contre les tiers détenteurs: car le vendeur n'ayant aliéné l'héritage qu'aux charges portées par son contrat; en aliénant l'héritage, il l'a affecté à l'exécution des obligations que l'acheteur a contractées envers lui par ce contrat. *Voyez ce que nous avons dit*, *sect.* 3, *sur l'action de réméré.*

466. Le vendeur, par cette action, conclut à la résolution du contrat, et en conséquence à la restitution de la chose vendue.

L'acheteur doit rendre avec la chose les fruits qu'il a perçus; l. 5, ff. *de leg. comm.;* car, n'ayant pas payé le

prix, il ne peut retenir les fruits de la chose, et jouir tout à-la-fois et de la chose et du prix.

467. S'il avoit payé une partie du prix, il ne devroit rendre les fruits qu'à proportion de ce qui reste à payer: par exemple, s'il avoit payé le quart du prix, il ne devroit rendre que les trois quarts des fruits.

468. Il y a même un cas auquel l'acheteur n'est tenu de rendre les fruits pour aucune partie; c'est celui auquel on seroit convenu que le vendeur qui a reçu une partie du prix la retiendroit par forme de dommages et intérêts, en rentrant dans l'héritage par défaut de paiement: *Interdùm fructus lucratur, quùm pretium quod numeravit, perdidit;* l. 4, §. 1, *d. tit.*

La raison de cette décision est que cette partie du prix qu'il retient lui tient lieu de tous les dommages et intérêts qu'il peut prétendre pour l'inexécution du contrat, dans lesquels est compris le défaut de jouissance de l'héritage jusqu'à ce qu'il y soit rentré. Si l'acheteur lui faisoit outre cela raison des fruits, ce seroit un double emploi et un double dédommagement. Voyez sur cette clause le paragraphe suivant, *n.* 474.

469. Enfin l'acheteur doit faire raison des détériorations survenues par sa faute dans la chose vendue.

470. Le vendeur, de son côté, doit rendre à l'acheteur ce qu'il a reçu de lui, à moins qu'il n'y ait convention au contraire, comme nous le verrons au paragraphe suivant, *n.* 474.

Il doit aussi rembourser les impenses nécessaires que l'acheteur a faites pour la conservation de la chose vendue: il doit même lui faire raison des augmentations et améliorations, jusqu'à concurrence de ce que l'héritage vendu s'en trouve plus précieux; ou du moins souffrir que l'acheteur enléve et retienne lesdites améliorations.

471. A l'égard de tout ce qu'il en a coûté à l'acheteur pour faire l'acquisition, dont le vendeur n'a pas profité, tels que sont les frais du contrat, le centième denier, les profits féodaux ou censuels que l'acheteur a payés pour

son acquisition, le vendeur n'est point tenu d'en indemniser l'acheteur; au contraire, si ces droits n'avoient pas été acquittés par l'acheteur, et que le vendeur, après être rentré dans l'héritage par lui vendu, fût inquiété pour raison desdits droits, ce seroit à l'acheteur à l'en indemniser.

En cela cette action diffère de celles dont nous avons traité dans les deux sections précédentes. La raison de différence est que la résolution du contrat qui se fait en vertu du pacte commissoire se fait par la faute de l'acheteur, qui n'a pas rempli l'obligation qu'il avoit contractée de payer le prix : c'est donc sur lui que doit tomber la perte de tout ce qu'il en a coûté pour l'acquisition; le vendeur n'en doit pas souffrir.

C'est aussi par cette raison que le coût de la sentence qui prononce, sur cette action, la résolution du contrat, ensemble tous les dépens faits pour y parvenir et pour la mettre à exécution, doivent être portés par l'acheteur.

Au contraire, lorsque la résolution du contrat de vente se fait en vertu d'une clause de réméré, ou dans l'espèce d'une *addictio in diem*, dont nous avons traité dans les sections précédentes, la résolution du contrat se faisant alors pour le seul avantage du vendeur, sans qu'aucune faute de l'acheteur y donne lieu, elle doit se faire aux dépens du vendeur, qui doit indemniser l'acheteur de tous les loyaux coûts de l'acquisition, et des frais de la demande et de la sentence, lorsque l'acheteur n'a fait aucune contestation.

472. Le vendeur n'est pas même obligé de rendre la somme qu'il a reçue par forme d'arrhes : *Si per emptorem factum sit, quominùs legi (commissoriæ) pareretur, et eâ lege uti venditor velit; fundos inemptos fore, et id quod arrhæ, vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum;* l. 6, ff. *d. tit.*

La raison est que le vendeur qui a stipulé la résolution du contrat faute de paiement, et s'est fait aussi donner une

somme pour des arrhes, est censé s'être réservé les dommages et intérêts résultants de l'inexécution du contrat, et les avoir fixés à cette somme qu'il doit retenir.

Observez que cette décision n'a lieu qu'autant que cette somme ne seroit pas trop considérable, et n'excéderoit pas celle à laquelle pouvoient vraisemblablement monter les dommages et intérêts.

§. IV. De quelques espèces particulières de pactes commissoires.

PREMIÈRE ESPÈCE.

473. La loi 4, §. 3, ff. *de leg. comm.*, contient une espèce particulière de pacte commissoire : *In commissoriâ*, dit cette loi, *etiam hoc solet convenire, ut si venditor eumdem fundum venderet, quantò minoris vendiderit, id à priore emptore exigat.*

Cette clause est une extension du pacte commissoire : elle n'est pas d'usage parmi nous dans les ventes volontaires; mais les ventes judiciaires sont censées faites sous une clause assez semblable; savoir, qu'à défaut de paiement par l'acheteur, la partie qui poursuit la vente pourra faire crier et revendre la chose à la folle-enchère de l'acheteur.

Nous traiterons *infrà, partie VI*, de ces reventes à la folle-enchère.

Cette clause est très licite; tout débiteur est tenu des dommages et intérêts résultants de l'inexécution de son obligation; et cette clause ne contient autre chose que les dommages et intérêts qui résultent de l'inexécution de l'obligation de l'acheteur.

SECONDE ESPÈCE.

474. On ajoute quelquefois au pacte commissoire cette clause, que le vendeur qui a reçu une partie du prix pourra, en cas de résolution du contrat par défaut de paiement

dans le temps limité, retenir par forme de dommages et intérêts cette partie du prix, en reprenant la chose vendue.

Cette clause est licite, pourvu que la somme ne soit pas trop considérable, et n'excède pas ce à quoi les dommages et intérêts du vendeur, résultants de l'inexécution du contrat, pourroient être estimés au plus cher.

TROISIÈME ESPÈCE.

475. La clause par laquelle on stipule sans aucune limitation de temps, qu'à défaut de paiement le contrat sera résolu, est une espèce de pacte commissoire, qui diffère du pacte ordinaire en ce que dans le pacte ordinaire il y a un temps limité, après l'expiration duquel il y a lieu à la résolution du contrat, si l'acheteur n'a pas payé : l'indétermination de temps qui se trouve dans celui-ci, n'empêche pas qu'il soit valable. C'est l'avis de Brunneman, *ad* l. 4, ff. *de leg. comm.*, et des docteurs par lui cités. Son effet est de donner au vendeur une action par laquelle il conclut contre l'acheteur à ce que, faute par lui de payer dans le temps qui sera arbitré, et lui sera imparti par le juge, la résolution du contrat sera ordonnée.

SECTION VI.

Si la demeure en laquelle est l'une des parties contractantes d'exécuter ses obligations, suffit seule pour donner à l'autre le droit de demander la résolution du contrat.

476. Suivant les principes du droit romain, la demeure en laquelle seroit l'une des parties contractantes, de satisfaire à son obligation, n'est pas toujours une cause suffisante pour donner à l'autre partie le droit de demander la résolution du contrat.

Par exemple, si l'acheteur est en demeure de payer le prix, le vendeur n'a pas pour cela le droit de demander la résolution du contrat, et il peut seulement exiger par les voies de droit le paiement du prix qui lui est dû. C'est ce

que décide la loi 8, *Cod. de cont. empt. Si vineas distraxisti, nec pretium numeratum est, actio tibi pretii, non eorum quæ dedisti repetitio competit.* La loi 14, *Cod. de resc. vend.*, dit pareillement, *Non ex eo quòd emptor non satis conventioni fecit, contractus constituitur irritus.*

Ces principes ont été autrefois suivis dans notre pratique françoise, comme il paroît par ce qu'en disent Despeisses, *tit.* 1, *sect. fin. n.* 19, et les auteurs par lui cités.

Mais comme le plus souvent on ne peut, sans de grands frais, se faire payer de ses débiteurs, on a été obligé de se déporter, dans les tribunaux, de la rigueur de ces principes; et l'on admet un vendeur à demander la résolution du contrat de vente pour cause de défaut de paiement du prix, quoiqu'il n'y ait pas de pacte commissoire. Il y a seulement cette différence, que lorsqu'il y a un pacte commissoire, le juge, sur la demande donnée après l'expiration du temps porté par le pacte, doit prononcer d'abord la résolution du contrat, et permettre au vendeur de rentrer en possession de la chose vendue : au lieu que lorsqu'il n'y a pas de pacte commissoire, le juge, sur la demande du vendeur, rend une première sentence, par laquelle il fixe un certain temps, qui est laissé à son arbitrage, dans lequel il ordonne que l'acheteur sera tenu de payer; passé lequel temps, il sera permis au vendeur de rentrer en possession de la chose qu'il a vendue : et si l'acheteur ne paie pas dans ledit temps, le vendeur, après l'expiration du temps, doit obtenir une seconde sentence, qui, faute par l'acheteur d'avoir satisfait à la première, déclarera le contrat de vente nul et résolu, et permettra au vendeur de rentrer en possession.

L'acheteur peut même, depuis la sentence qui a prononcé la résolution du contrat, empêcher cette résolution, et se conserver la chose qui lui a été vendue, en appelant de la sentence, et en offrant, sur l'appel, le prix qu'il doit, les intérêts et les dépens.

Nous avons traité la question dans le cas d'une vente faite à crédit. Si elle a été faite à la charge de payer le prix comp-

tant, et que le vendeur, dans la confiance de recevoir le prix incontinent, ait fait la tradition de la chose; la tradition n'ayant pas, en ce cas, transféré la propriété de la chose, *suprà*, *n.* 323, il n'est pas douteux que le vendeur peut en ce cas, faute de paiement, revendiquer la chose, et demander la résolution du contrat.

A l'égard de toutes les autres obligations, soit du vendeur, soit de l'acheteur, c'est par les circonstances qu'on décide si leur inexécution doit donner lieu à la résolution du contrat: elle y donne lieu lorsque ce qu'on m'a promis est tel, que je n'eusse pas voulu contracter sans cela.

Supposons, par exemple, que vous m'ayez vendu une terre dont il ne dépend aucuns pâturages, quoiqu'on ne la puisse faire valoir sans bestiaux, et que par le contrat vous vous soyez obligé de me donner le droit de pâturage pour les bestiaux de la terre que vous me vendez, sur une autre terre voisine dont vous êtes en possession : s'il arrive par la suite que vous soyez évincé de cette terre, et que vous ne puissiez en conséquence me faire jouir du droit de pâturage que vous vous êtes obligé de me faire avoir sur cette terre, l'inexécution de cette obligation, que vous avez contractée envers moi, me donne le droit de conclure contre vous à la résolution du contrat de vente; car il est évident que sans ce droit de pâturage, je n'eusse pas voulu acheter votre terre.

Au contraire, s'il dépendoit de la terre que vous m'avez vendue, des pâturages suffisants pour les bestiaux nécessaires à son exploitation, de manière que le droit de pâturage que vous vous êtes obligé de me donner sur l'autre terre ne me fût pas nécessaire, mais seulement utile, en ce qu'il me donnoit lieu d'entretenir un plus grand nombre de bestiaux, et de faire un plus gros profit; en ce cas on ne peut pas assurer, comme dans l'espèce précédente, que je n'eusse pas voulu acheter votre terre sans ce droit de pâturage, mais seulement que je n'eusse pas voulu l'acheter si cher; c'est pourquoi je ne pourrai pas demander la résolution du contrat, mais seulement une diminution sur le prix.

SIXIÈME PARTIE.

Des promesses de vendre et d'acheter; des arrhes, et de plusieurs espèces particulières de vente.

CETTE partie est composée de cinq chapitres. Nous traitons dans le premier, des promesses de vendre, des promesses d'acheter, et des arrhes; dans le second, des ventes forcées, des licitations, et des ventes en justice; dans le troisième, des ventes de droits successifs, ou d'autres droits universels; dans le quatrième, de la vente d'un droit d'usufruit; dans le cinquième, de la vente des rentes, et autres créances.

CHAPITRE PREMIER.

Des promesses de vendre, des promesses d'acheter, et des arrhes.

ARTICLE PREMIER.

Des promesses de vendre.

§. I. Ce que c'est qu'une promesse de vendre, et quand quelqu'un est-il censé l'avoir contractée?

477. Une promesse de vendre est une convention par laquelle quelqu'un s'oblige envers un autre de lui vendre une chose.

Par exemple, si dans le contrat de vente que je vous ai fait de ma bibliothèque, il y a cette clause, que je m'oblige de vous vendre aussi les tablettes, si elles vous convien-

nent, et si vous voulez les acheter; cette clause renferme une promesse de vous vendre les tablettes.

Il y a une grande différence entre la promesse de vendre et la vente même. Celui qui vous promet de vous vendre une chose, ne la vend pas encore; il contracte seulement l'obligation de vous la vendre lorsque vous le requerrez.

478. Il faut bien prendre garde à ne pas prendre pour une promesse de vendre, la déclaration que fait une personne de la disposition actuelle en laquelle elle est de vendre. Cette déclaration ne renferme aucune obligation, et laisse à celui qui la fait, la liberté de changer de volonté, jusqu'à ce que le marché ait été conclu. Par exemple, si, après vous avoir vendu verbalement ma bibliothéque, je n'ai pas dit formellement et précisément que je m'obligeois à vous vendre les tablettes, et que j'aie seulement dit, *Je vous vendrai aussi mes tablettes pour la somme de tant, si elles vous conviennent;* ce n'est qu'une simple déclaration de la disposition de la volonté actuelle dans laquelle j'étois, et non une véritable promesse.

Il faut, pour une promesse de vendre, que lorsque vous m'avez dit ou écrit que vous me vendriez une telle chose, il paroisse clairement, par les termes dont vous vous êtes servi, que vous avez entendu vous y obliger, et que c'est une véritable convention qui est intervenue entre vous et moi; sans cela c'est un simple discours qui ne renferme aucune obligation.

§. II. Différence du contrat de vente, et de la simple promesse de vendre.

479. Le contrat de vente est un contrat synallagmatique, par lequel chacune des parties s'oblige l'une envers l'autre: mais la promesse de vendre est une convention par laquelle il n'y a que celui qui promet de vendre qui s'engage; celui à qui la promesse est faite ne contracte de sa part aucune obligation.

Celui qui vend une certaine chose devient débiteur de

cette chose envers l'acheteur; cette chose devient dès-lors aux risques de l'acheteur à qui elle est due, comme nous l'avons établi *suprà*, *part.* IV: mais celui qui vous promet de vous vendre une certaine chose n'est pas encore débiteur de la chose même; il n'est débiteur que d'un fait. C'est pourquoi la chose qu'il vous a promis de vous vendre continue d'être à ses risques; si elle périt, c'est lui qui en supporte la perte, vous n'êtes pas obligé de lui payer le prix de cette chose: vous ne la lui deviez pas encore, ne l'ayant pas achetée.

§. III. Question sur l'effet de la promesse de vendre.

480. Lorsque celui qui m'a promis de me vendre une certaine chose refuse d'accomplir sa promesse, puis-je l'obliger précisément à l'accomplir, en faisant ordonner que, faute par lui de me passer le contrat de vente qu'il s'est obligé de me passer, la sentence vaudra pour contrat de vente, et qu'il me sera permis, en vertu de ladite sentence, de saisir la chose, et de m'en faire mettre en possession? ou bien, sur son refus, ne puis-je obtenir contre lui qu'une condamnation de dommages et intérêts, qui s'estimeront à une somme d'argent? D'un côté on dira que c'est un principe général, que les obligations qui ne consistent pas à donner, mais à faire, *quæ non sunt in dando*, *sed in faciendo*, se résolvent en dommages et intérêts, faute par le débiteur d'accomplir son obligation, parceque *Nemo potest cogi præcisè ad factum*. Donc, dira-t-on, l'obligation qui résulte de la promesse de vendre une chose n'ayant pas tant pour objet la chose qu'un fait qui est la vente de la chose, étant une obligation *quæ non in dando*, *sed in faciendo consistit*, elle doit, suivant ce principe, se résoudre nécessairement en une simple obligation de dommages et intérêts.

D'un autre côté on dira que la règle, *Nemo potest cogi ad factum*, et celle que les obligations *quæ in faciendo consistunt*, se résolvent nécessairement en dommages et intérêts, ne reçoivent d'application qu'à l'égard des obligations

de faits extérieurs et corporels, telle qu'est l'obligation de celui qui se seroit obligé de copier mes cahiers, lesquels faits ne peuvent se suppléer que par une condamnation de dommages et intérêts. Mais le fait qui est l'objet d'une promesse de vendre n'est pas un fait extérieur et corporel de la personne du débiteur : il peut le suppléer par un jugement, comme nous l'avons rapporté, qui ordonnera que, faute par le débiteur de vouloir passer un contrat de vente, le jugement vaudra pour contrat. Cette opinion paroît suivie dans la pratique, comme étant la plus conforme à la fidélité qui doit régner entre les hommes pour l'accomplissement de leurs promesses.

§. IV. Des différentes manières dont se font les promesses de vendre.

481. Les promesses de vendre se font de différentes manières : 1° elles se font ou avec limitation de temps, ou sans limitation de temps. Lorsque quelqu'un s'est obligé de vendre une chose dans un temps limité, il est déchargé de plein droit de son obligation par le laps de ce temps, si pendant l'espace de ce temps il n'a pas été mis en demeure de s'en acquitter. Cela est conforme aux principes établis en notre Traité des obligations, *n.* 671.

Lorsque je vous ai promis de vous vendre quelque chose sans aucune limitation de temps, pour être déchargé de ma promesse, je dois obtenir contre vous une sentence, qui portera que vous déclarerez, dans un temps qui sera limité par une sentence, si vous entendez acheter, et que ledit temps passé, faute par vous d'avoir fait cette déclaration, je serai déchargé de mon obligation.

Quoique je n'aie pas obtenu de sentence, s'il s'est passé un temps considérable, il en peut résulter une présomption que les parties se sont désistées tacitement de cette convention.

482. 2° La promesse de vendre une chose peut se faire non seulement en exprimant le prix pour lequel on s'oblige de la vendre, mais aussi sans l'exprimer : le débiteur est censé en ce cas s'être obligé de vendre pour le juste prix,

tel qu'il sera réglé par experts dont les parties conviendront. Cette obligation est valable, de même que le legs par lequel un testateur charge son héritier de vendre à quelqu'un une chose sans faire mention du prix, ne laisse pas d'être valable, et d'obliger l'héritier à vendre la chose *æquo pretio; l.* 49, §. 8, ff. *de leg.* 1° *Nec obstat* qu'il ne peut y avoir de vente sans un prix convenu entre les parties; car la promesse de vendre n'est pas encore une vente.

483. Lorsque j'ai promis de vous vendre une certaine chose au juste prix, ou, ce qui revient au même, sans faire aucune mention du prix, est-ce au prix qu'elle valoit au temps de la promesse, ou au prix qu'elle vaudra au temps du contrat de vente que je vous en ferai, que je dois vous la vendre? Je pense que c'est au prix qu'elle se trouve valoir au temps du contrat de vente que je vous en passe; car ce n'est qu'en ce temps que la vente s'en fait; et par conséquent c'est eu égard à ce temps qu'on doit estimer si elle se fait *æquo pretio.*

Néanmoins si la chose avoit augmenté de prix depuis que celui qui vous a promis de vous vendre a été, par une demande judiciaire, mis en demeure d'accomplir sa promesse, il ne seroit pas admis à la vendre plus qu'elle ne valoit lorsqu'il a été mis en demeure; car vous ne devez pas souffrir de sa demeure, et il doit encore moins en profiter.

484. Lorsque le prix est porté par la promesse de vente, quelque variation qui soit survenue, depuis cette promesse, dans le prix des choses de l'espèce dont elle est, le vendeur n'est pas recevable à vouloir la vendre pour un prix plus haut que celui qui a été convenu, et il n'est pas non plus tenu de la vendre pour un moindre prix.

485. Si la chose avoit été notablement détériorée par quelque cas fortuit; *putà*, si un des corps de logis de la maison qu'on vous a promis de vous vendre pour un certain prix, avoit été incendié par le feu du ciel; seriez-vous en droit d'obliger le prometteur à vous vendre la maison,

et à vous faire, sur le prix convenu entre vous, une déduction proportionnée à la détérioration arrivée à la maison? Je pense que vous n'y seriez pas fondé; car celui qui vous a promis de vous la vendre ne s'est obligé de le faire que pour le prix exprimé par sa promesse, et non pour un prix différent. Cette décision n'est pas contraire à ce que nous avons établi *suprà*, §. 2, que celui qui vous a promis de vous vendre une chose, n'étant encore ni le vendeur ni le débiteur de cette chose, la chose doit être à ses risques, et non aux vôtres; car étant en votre pouvoir de ne pas acheter la chose, elle n'est pas à vos risques, mais aux risques de celui qui vous a promis de vous la vendre, puisqu'en ne l'achetant pas, vous lui faites nécessairement supporter la perte arrivée sur cette chose.

486. S'il est survenu quelque augmentation à la chose que vous m'avez promis de me vendre pour un certain prix, *putà*, par une alluvion, serez-vous obligé de me vendre la chose telle qu'elle se trouve avec cette alluvion? La raison de douter est, que cette accrue qui s'est faite à l'héritage que vous avez promis de me vendre, est censée en faire partie. Nonobstant cette raison, je pense que vous pouvez retenir cette accrue, à moins que je n'offre de vous en payer le prix qu'elle sera estimée. La raison est, que le profit de l'augmentation doit appartenir à celui aux risques de qui est la chose: *Ubi periculum, ibi et lucrum;* l. fin. Cod. de furt. *Secundùm naturam est commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda;* l. 10, ff. *de reg. jur.* Or la chose est aux risques de celui qui a promis de la vendre, tant que la vente ne s'est pas ensuivie, puisque si elle vient à périr ou à se détériorer, celui à qui il a promis de la vendre peut la lui laisser, et ne la pas acheter. Il doit donc profiter de l'augmentation, puisque c'est sur lui que tomberoit la perte.

487. A l'égard des augmentations faites, depuis la promesse, sur l'héritage par celui qui a promis de vendre, il peut sans contredit emporter ce qui peut s'enlever, en remettant la chose en l'état qu'elle étoit lors de la promesse:

mais je ne pense pas qu'il puisse exiger que celui à qui il a promis de vendre l'héritage pour un certain prix, lui fasse raison de ces impenses, quoiqu'elles aient rendu l'héritage plus précieux. Il en doit être de même de lui comme de l'acquéreur d'un héritage sujet à retrait, auquel les coutumes refusent le remboursement des impenses utiles: il ne doit pas être plus permis à l'un qu'à l'autre de rendre le retrait ou l'achat plus difficile et plus coûteux.

488. Il n'en est pas de même des impenses nécessaires que vous avez faites à une chose depuis que vous m'avez promis de me la vendre pour un certain prix, comme seroit, par exemple, la réparation d'un pan ou d'un pignon, dont la ruine étoit imminente, qu'il a fallu démolir et refaire à neuf; il n'est pas douteux que si vous me vendez la chose en exécution de votre promesse, je serai obligé de vous faire raison de cette impense, puisque c'est une impense que vous ne pouviez vous dispenser de faire, dont je profite, et dont il n'est pas juste que je profite à vos dépens: j'y suis d'autant plus obligé que, si vous n'eussiez pas fait cette impense, j'eusse été obligé moi-même de la faire.

489. Par la même raison, si lorsque je vous vends la chose que je vous ai promis de vous vendre, les fruits sont pendants, vous devez me rembourser de tous les frais de culture et de semences; car ces frais sont des charges des fruits, qui doivent être portées par celui qui recueille ces fruits.

Il n'y a pas lieu à toutes ces questions, lorsque la promesse de vendre ne porte pas le prix pour lequel elle sera vendue.

ARTICLE II.

Des promesses d'acheter.

490. De même qu'on peut faire une promesse de vendre qui ne soit pas un contrat de vente, on peut faire aussi une promesse d'acheter.

Ces promesses d'acheter sont ordinaires dans les ventes

judiciaires, soit de meubles, soit d'immeubles, qui se font au plus offrant et dernier enchérisseur; car l'enchère que porte un enchérisseur est une vraie promesse d'acheter, par laquelle il s'engage à acheter la chose pour le prix porté par son enchère, sous la condition qu'il n'y ait pas de surenchère au-dessus de la sienne.

Cet engagement se contracte envers la justice, ou, pour parler plus exactement, il se contracte en justice envers les poursuivants et les opposants, et même envers le saisi: il s'éteint *quasi ex defectu conditionis*, aussitôt qu'il y a une surenchère reçue.

Dans les licitations par-devant notaires, l'enchère dont le notaire a donné acte renferme pareillement un engagement ou une promesse d'acheter, qui s'éteint pareillement lorsqu'il y a une surenchère de reçue.

491. Ce n'est pas seulement par des enchères que se contractent les promesses d'acheter; on peut sans cela s'engager envers quelqu'un d'acheter une certaine chose, par une simple promesse qui ne soit pas un achat de la chose. Par exemple, si étant sur le point d'acheter un château tout meublé, j'ai une convention avec le revendeur qui a fait l'estimation des meubles qui y sont, par laquelle il s'engage envers moi de m'acheter dans l'année tous les meubles que je ne voudrai pas garder, pour un prix de deux sous pour livre au-dessous de l'estimation qui en a été faite, cette convention ne renferme pas un contrat de vente, mais une simple promesse d'acheter que me fait le revendeur. Il n'y a que lui qui s'oblige envers moi; je ne contracte envers lui aucune obligation; je suis le maître de conserver tout, et de ne rien vendre des meubles qui sont dans le château, et même d'en disposer envers d'autres personnes.

492. La promesse d'acheter contient un temps, ou n'en contient pas. Si elle en contient un, celui qui l'a faite en est déchargé au bout de ce temps, quand il n'a pas été mis en demeure d'y satisfaire : s'il n'y a pas de temps limité, il faut qu'il obtienne sentence pour être déchargé, comme

nous l'avons vu *suprà*, *n.* 481, à l'égard de la promesse de vendre.

A l'égard de la promesse d'acheter que renferment les enchères, l'enchérisseur est censé avoir voulu s'engager jusqu'au temps auquel il a dû compter que vraisemblablement se feroit l'adjudication; c'est pourquoi si elle est prolongée trop long-temps, par des remises auxquelles il n'avoit pas dû s'attendre, il est bien fondé à demander que le juge le décharge de son enchère : mais jusqu'à ce qu'il en soit déchargé par le juge, son engagement subsiste.

493. La promesse d'acheter, ou contient le prix pour lequel vous m'avez promis de m'acheter une certaine chose, ou elle ne le contient pas. Si elle ne le contient pas, la vente doit se faire pour le prix que la chose se trouvera valoir au temps que la vente s'en fera, et suivant le réglement qui en sera fait par experts, de même que nous l'avons décidé en l'article précédent, à l'égard de la promesse de vendre. Si le prix est réglé par la promesse, la vente doit se faire pour ce prix.

494. Lorsque la chose que vous m'avez promis de m'acheter pour un certain prix, a été détériorée, quoique sans ma faute, avant que vous ayez été en demeure de l'acheter, je ne puis pas vous obliger de l'acheter pour ce prix; car la perte survenue par la détérioration de cette chose ne doit pas tomber sur vous, qui n'en êtes pas encore acheteur, mais sur moi, qui en suis propriétaire. La chose n'a point cessé d'être à mes risques, parceque, quoique vous fussiez obligé de l'acheter, j'étois le maître de ne la pas vendre, et je n'en étois pas débiteur envers vous.

C'est sur ce principe que Lemaistre, en son Traité des Criées, *chap.* 22, et Mornac sur la loi 58, ff. *de contr. empt.*, décident, après Balde, que si depuis une enchère reçue l'héritage a été détérioré par quelque cas fortuit, *putà*, par un incendie, ou par une tempête qui aura renversé une grande quantité d'arbres, l'enchérisseur est bien fondé à prétendre être déchargé de son enchère, si mieux

on n'aime lui faire une diminution sur son enchère, de ce qu'il sera estimé par experts que l'héritage vaut de moins.

Si la dégradation est telle que celui qui s'est engagé d'acheter, non seulement n'auroit pas voulu acheter à si haut prix, mais n'auroit pas vraisemblablement voulu acheter du tout, la chose ne pouvant plus servir pour l'usage qu'il en vouloit faire, il doit être entièrement déchargé de sa promesse.

Nous avons dit, pourvu que la chose ait été détériorée avant que celui qui m'a promis d'acheter ma chose ait été mis en demeure de l'acheter; car si la détérioration est survenue depuis, il doit me l'acheter pour le prix convenu ; ou s'il n'y a point de prix convenu, pour le prix que la chose valoit lorsqu'il a été mis en demeure ; car je ne dois pas souffrir de sa demeure : en cela consistent les dommages et intérêts qui en résultent.

495. Lorsque vous vous êtes engagé d'acheter de moi une maison pour un certain prix, et que depuis l'engagement, et avant que vous ayez été mis en demeure, il y a eu de grosses réparations nécessaires, puis-je vous obliger à acheter la chose pour le prix convenu, et à me faire raison en outre du prix des réparations? Non : si je trouve qu'au moyen des impenses que j'ai faites, la chose vaut mieux que le prix pour lequel vous m'avez promis de me l'acheter, je suis le maître de la garder; mais je ne puis exiger de vous que vous l'achetiez pour un prix plus cher que celui porté par la convention, quoique, la maison étant réparée, vous profitiez de ces réparations en l'achetant; car ne vous étant obligé de l'acheter que pour ce prix, n'ayant que cette somme à y mettre, je ne puis exiger de vous davantage ; vous ne me faites en cela point de tort, puisque je suis le maître de garder la chose.

496. A l'égard des impenses faites pour les fruits qui se trouveroient pendants lors de la vente que je vous ferai de l'héritage que vous vous êtes obligé d'acheter ; si vous ne voulez pas les rembourser, vous devez consentir qu'en vous vendant l'héritage, je me réserve ces fruits ; car ces

impenses étant des charges de fruits, qui ne s'estiment que *deductis impensis*, vous ne pouvez pas avoir ces fruits sans payer ces impenses.

ARTICLE III.

Des arrhes.

497. Il y a deux espèces d'arrhes; les unes qui se donnent lors d'un contrat seulement projeté; les autres qui se donnent après le contrat de vente conclu et arrêté.

§. I. Des arrhes qui se donnent avant le marché conclu.

498. Ces arrhes qui se donnent lors d'un marché seulement proposé, et avant qu'il ait été conclu, forment la matière d'un contrat particulier, par lequel celui qui me donne des arrhes consent de les perdre, et de m'en transférer la propriété, en cas de refus de sa part de conclure le marché proposé; et je m'oblige de mon côté à les rendre au double, en cas de pareil refus de ma part; l. 17, *cod. de fid. instr.*

499. Cette convention étant de la nature du contrat d'arrhes, il n'est pas nécessaire qu'elle soit expresse : le seul fait par lequel l'une des parties, lors d'un marché proposé et non encore arrêté, donne quelque chose à l'autre par forme d'arrhes, renferme tacitement cette convention, quoique les parties ne s'en soient pas expliquées; *d. l.* 17.

500. Ce contrat est un contrat réel : car il ne peut y avoir de contrat d'arrhes sans un fait, qui est la tradition des arrhes.

501. Par ce contrat, c'est celui qui reçoit les arrhes qui s'oblige envers l'autre; celui qui les donne ne contracte proprement aucune obligation; mais il transfère par ce contrat la propriété des arrhes qu'il donne, dans le cas et sous la condition qu'il seroit refusant de conclure le marché proposé.

502. Cela a lieu lorsque la chose qu'il donne pour arrhes

est une chose qui lui appartient, et dont il peut par conséquent transférer la propriété : mais s'il m'avoit donné pour arrhes une chose qui ne lui appartînt pas, contracteroit-il l'obligation de la garantie envers moi? Cela dépend de savoir comment on doit envisager le titre de celui qui reçoit des arrhes. Si c'est un titre lucratif, il n'y a pas lieu à la garantie : *Lucrativæ rei possessor ab evictionis actione ipsâ juris ratione depellitur;* Paul, *sentent. v.* 10, 5. Mais peut-il être envisagé comme un titre lucratif? Il est vrai que celui qui m'a donné les arrhes n'a rien reçu à la place; je n'ai rien déboursé pour les avoir : mais si je n'ai rien déboursé, j'ai contracté une obligation réciproque envers celui qui me les a données, de les lui rendre au double, dans le cas auquel le refus viendroit de ma part. C'est en récompense de cette obligation que j'ai contractée, qui étoit équivalente à la valeur des arrhes que vous me donniez, que j'ai les arrhes : je ne les ai donc pas à titre lucratif. Le contrat d'arrhes n'est pas, à la vérité, proprement du nombre des contrats *commutatifs;* mais il est du nombre des contrats *intéressés de part et d'autre.* Ce n'est pas un titre *lucratif;* il donne par conséquent lieu à l'obligation de garantie.

503. Celui qui a reçu les arrhes s'oblige, en cas de refus de sa part de conclure le marché proposé, à rendre à celui qui les a données le double de la somme qu'il a reçue pour arrhes, si c'est une somme d'argent qu'il a reçue; ou si c'est une autre chose, à rendre cette chose, et en sus la valeur de cette chose, au rapport des experts dont ils conviendront.

504. Si c'est d'un consentement réciproque que le marché ne se fait pas, parceque la perte de la chose qui en faisoit l'objet, ou le changement considérable arrivé dans cette chose, empêche qu'il ne puisse se conclure; celui qui a reçu les arrhes doit les rendre, et rien au-delà. Lorsque le marché a été conclu, il doit pareillement les rendre; sauf que si c'est une somme d'argent qui lui a été donnée

pour arrhes, il peut la retenir, en l'imputant sur le prix qui lui est dû par l'acheteur qui la lui a donnée.

505. Enfin celui qui a reçu quelque chose pour arrhes s'oblige à apporter le soin convenable pour la conservation de cette chose : il doit être tenu à cet égard de la faute légère, le contrat d'arrhes se faisant pour l'intérêt de l'un et de l'autre des contractants.

§. II. Des arrhes qui se donnent après le marché conclu.

506. Ces arrhes ont coutume de se donner par l'acheteur au vendeur, pour servir à la preuve que le marché a été conclu et arrêté. C'est pourquoi Cujas les définit, *quod ante pretium datur, et fidem facit contractûs facti totiusque pecuniæ solvendæ.*

Elles ne sont point de l'essence du contrat de vente, qui peut se faire sans donner d'arrhes, les parties pouvant s'en procurer d'autres preuves que celles qui résultent des arrhes.

C'est de cette espèce d'arrhes qui se donnent *in argumentum contractûs facti*, que parle la loi 35, ff. *de contrah. empt. Quod sæpè arrhæ nomine datur, non quasi sine arrhis conventio nihil proficiat, sed ut evidentiùs probari possit convenisse de pretio.*

507. Les arrhes que donne l'acheteur consistent quelquefois dans une somme d'argent : elles sont censées en ce cas données à compte du prix que l'acheteur s'oblige de payer, et elles doivent s'y imputer. Le peuple, dans dans notre province, appelle cette espèce d'arrhes, *denier d'adieu*, parceque c'est une pièce de monnoie qui est donnée par l'acheteur au vendeur, lorsque les parties, après avoir conclu leur marché, se séparent et se disent *adieu.*

Quelquefois l'acheteur donne pour arrhes autre chose que de l'argent. Les Romains avoient coutume de donner pour arrhes *un anneau;* l. 5, §. 15, ff. *de inst. act. Plin. lib.* 33, *cap.* 1. Le vendeur en ce cas a droit de retenir, comme une espèce de gage, la chose qui lui est donnée pour ar-

rhes, jusqu'à ce qu'il ait été entièrement payé. Lorsqu'il a été entièrement payé, il doit rendre à l'acheteur la chose qu'il a reçue pour arrhes. La loi 11, §. 6, ff. *de act. empt.*, donne en ce cas à l'acheteur l'action qu'on appelle *condictio sine causâ*, pour la répétition des arrhes : *Quia jam sine causâ*, dit la loi, *apud venditorem esset annulus*. Elle ajoute qu'il peut le répéter par l'action *ex empto*.

508. C'est une question entre les docteurs, si lorsque après le contrat de vente conclu et arrêté, le vendeur a reçu des arrhes de l'acheteur, chacune des parties peut être contrainte par l'autre à l'exécution de son obligation, et condamnée, faute de l'exécuter, en tous les dommages et intérêts résultants de l'inexécution de l'obligation, de même que s'il n'avoit pas été donné d'arrhes; ou s'il est au pouvoir de l'acheteur de se décharger de son obligation, en offrant de perdre les arrhes qu'il a données; et en celui du vendeur, de se désister pareillement de la sienne, en offrant les arrhes au double. Fachin, *lib.* 11, *controv.* 28, et les docteurs par lui cités, ont suivi cette dernière opinion. Ils se fondent sur ce que Justinien, au *tit. de empt. vend. princ.*, et en la loi 17, *Cod. de fid. instr.*, dit que l'acheteur qui refuse d'exécuter le contrat doit perdre les arrhes, et que le vendeur, lorsqu'il est refusant, doit les rendre au double. La loi, disent ces auteurs, ayant fixé les dommages et intérêts résultants de l'inexécution de l'obligation de l'acheteur, à la perte des arrhes du côté de l'acheteur, et à la restitution des arrhes au double du côté du vendeur, les parties ne peuvent pas en prétendre d'autres. En donnant et recevant les arrhes, elles doivent être censées s'être contentées de cette espèce de dommages et intérêts, et avoir renoncé à tous autres, même à toutes autres actions qu'elles pourroient avoir l'une contre l'autre pour l'exécution du contrat. Weissembach, *in parat. ad d. tit.*, ff. *de contr. empt.*, *n.* 9; et Vinnius, *ad d. tit. instit.*, rejettent avec raison cette opinion : ils disent que les textes opposés ne doivent s'entendre que des arrhes que l'on donne lors du marché seulement proposé, et non encore conclu. Il paroît assez évident que la loi 17 ne parle que

de cette espèce d'arrhes; elle est dans l'espèce du contrat qui n'est pas encore conclu, et que les parties différoient de conclure, jusqu'à ce qu'il fût couché par écrit. Le texte des Institutes, quoique louche et ambigu, ne doit s'entendre pareillement que de cette espèce d'arrhes. Ce qui est dit, *ita tamen impunè recedere concedimus, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum*, fait voir évidemment que le contrat pour lequel on a donné des arrhes dans cette espèce, est un contrat qu'on auroit pu impunément ne pas exécuter, s'il n'y avoit pas eu d'arrhes données, et par conséquent un contrat qui n'étoit pas encore fait et achevé, mais à faire, et seulement projeté. C'est pourquoi les termes qui suivent, *sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est*, doivent s'entendre en ce sens, *celebrari cœpta est*, comme l'explique Vinnius, *in not. ad h. tit.;* et ceux-ci, *is qui recusat adimplere contractum*, en ce sens, *id est qui recusat perficere contractum;* Vinnius, *ibid.* Dans le cas de ces arrhes, qui ont été données lors d'un contrat seulement projeté et non conclu, il est clair que l'acheteur qui ne veut pas conclure le marché en est quitte pour la perte de ses arrhes, et qu'il ne peut être contraint au paiement du prix, puisque le marché n'étant pas encore conclu, il n'a pas encore contracté l'obligation de le payer. Par la même raison, on ne peut demander autre chose que la restitution des arrhes au double à la partie qui les a reçues, puisqu'elle n'étoit pas encore obligée à la tradition de la chose : mais il en doit être autrement lorsque les arrhes ont été données après le marché conclu et arrêté. L'acheteur peut en ce cas être contraint au paiement du prix, puisqu'il s'y est obligé; et par la même raison, le vendeur peut être contraint à livrer la chose, et, faute de la pouvoir livrer, condamné en tous les dépens, dommages et intérêts de l'acheteur, sans que chacun d'eux puisse se décharger de son obligation, quoique l'un offre de perdre ses arrhes, et l'autre de les payer au double. Il seroit absurde que les arrhes étant, dans ce cas, intervenues pour la confirmation du contrat, pour le rendre plus certain et plus connu, on voulût leur donner l'effet de dé-

truire le contrat, en détruisant les obligations qui en naissent, et les droits et actions qui en résultent. Vinnius, qui est de notre sentiment, dit, sur la foi de Pacius, que le sentiment contraire est pratiqué en France. Je ne me suis point aperçu de cette pratique; et je crois que ces auteurs, peu à portée de savoir notre pratique, ont erré dans le fait sur ce point. Despeisses, auteur françois, suit le sentiment de Vinnius; *part.* 1, *tit.* 1, *sect.* 4.

509. Quoique l'acheteur qui, après le marché conclu et arrêté, a donné des arrhes, ait refusé de l'exécuter et de payer le prix; s'il a été, nonobstant cela, contraint à le payer, et qu'il l'ait payé, il ne doit pas perdre ses arrhes; elles doivent lui être rendues; ou si c'est une somme d'argent, elle doit être imputée sur le prix; car ce n'est que dans le cas d'inexécution du marché par son refus, qu'il doit les perdre; mais lorsqu'il a payé, quoique contraint, le marché se trouve exécuté.

Il y a plus de difficulté lorsque le vendeur n'a pas effectivement exécuté le contrat, mais qu'il a été condamné, faute de l'exécuter, aux dommages et intérêts de l'acheteur. Je pense que, même en ce cas, l'acheteur ne peut prétendre que la simple répétition de ses arrhes, et non la restitution du double : car la restitution des arrhes au double étant une peine qui tient lieu des dommages et intérêts résultants de l'inexécution du contrat, l'acheteur se feroit payer doublement d'une même chose, si, après avoir été satisfait entièrement de ses dommages et intérêts, il se faisoit encore restituer ses arrhes au double; ce qui est contraire à cette loi de l'équité : *Bona fides non patitur ut bis idem exigatur*; l. 57, ff. *de R. J.*

510. Il nous reste une question. Lorsqu'il est incertain si le contrat par lequel on a donné des arrhes est un contrat conclu et arrêté, ou s'il est seulement projeté, que doit-on présumer? Je réponds : Quoique les arrhes se donnent en preuve du marché conclu et arrêté, *in argumentum venditionis contractæ;* néanmoins, comme elles se donnent aussi souvent pour des contrats seulement projetés, elles ne peu-

vent pas seules, s'il n'y a d'autres preuves qui concourent d'ailleurs, former une preuve suffisante de la conclusion du marché. Cela doit néanmoins dépendre des circonstances : les arrhes qui se donnent dans le cas d'un marché seulement projeté, se donnant dans la vue d'engager les parties à l'exécuter ; savoir, celui qui les a données, par la crainte de les perdre ; et celui qui les a reçues, par la crainte de les rendre au double ; il s'ensuit que lorsque ce qui a été donné pour arrhes est quelque chose de nulle considération, on ne peut guère regarder cette espèce d'arrhes comme des arrhes d'un marché seulement projeté, et qu'on doit au contraire les regarder comme des arrhes de la seconde espèce, qui ont été données pour servir de preuve et de témoignage d'un marché conclu et arrêté. C'est pourquoi lorsque, dans nos campagnes, les paysans donnent pour arrhes de leur marché un sou marqué, quelquefois même un liard seulement, ce qu'ils appellent le *denier d'adieu*, ces arrhes doivent passer pour des arrhes de la seconde espèce.

Tout ce que nous avons dit des arrhes qui interviennent dans le contrat de vente, peut s'appliquer à celles qui interviennent dans les autres contrats.

CHAPITRE II.

Des ventes forcées, des licitations, et des ventes en justice.

§. I. Des ventes forcées.

511. Une vente est forcée lorsque celui qui vend avoit, dès avant le contrat de vente, contracté l'obligation de vendre.

Cette obligation peut naître d'une promesse de vendre. Nous avons parlé de ces promesses au chapitre précédent.

Elle peut naître aussi d'un testament. Lorsqu'un testateur a ordonné à son héritier ou à son légataire de vendre

à Pierre une certaine chose; soit qu'elle fût de sa succession, soit qu'elle appartînt à son héritier ou légataire, cet héritier ou légataire, en acceptant la succession ou legs, contracte l'obligation de vendre à Pierre cette chose pour le prix porté par le testament; ou, si le testateur ne s'est pas expliqué sur le prix, pour celui qui sera réglé; l. 49, §. 8, ff. *de leg.* 1°.

512. Une vente peut aussi être forcée pour cause de nécessité publique, ou même seulement d'utilité publique. Par exemple, dans les nécessités publiques, dans une disette de grains, ceux qui en ont au-delà de leur provision peuvent être contraints par le juge de police à voiturer leurs grains au marché, et à les y vendre au prix courant.

Il en est de même de toutes les denrées nécessaires à la vie, lorsqu'il y en a disette, comme il peut arriver dans un siége.

Les propriétaires des maisons ou autres héritages peuvent aussi être contraints à les vendre pour quelque cause d'utilité publique, comme pour faire une rue ou une place publique, pour des fortifications, pour quelque ouvrage public. Par exemple, par une ordonnance de Philippe-le-Bel, de 1303, il est ordonné que les propriétaires du terrain nécessaire pour bâtir des églises paroissiales, des presbytères et pour des cimetières, seront obligés à le vendre à juste prix.

Suivant les lettres-patentes de François I, qui sont au trésor de l'université d'Orléans, il est ordonné au bailli et prevôt d'Orléans de contraindre les propriétaires de certaines maisons voisines de l'école de droit, de les vendre pour l'agrandissement de ladite école.

513. Si le propriétaire à qui il est ordonné de vendre son héritage pour cause d'utilité publique, soit au roi, soit à une ville, soit à une université, convient lui-même du prix avec les commissaires du roi, ou avec la ville ou l'université, cette convention est un vrai contrat de vente.

S'il ne veut convenir de rien, et qu'il se laisse contraindre à abandonner son héritage pour le prix réglé par des experts, il n'y a point en ce cas proprement de vente, puisqu'il n'y a point de convention; mais l'arrêt ou sentence rendue contre lui, en tient lieu.

514. Lorsqu'une chose vendue pour cause d'utilité publique a été faite *divini aut publici juris;* comme si on en a fait un cimetière, une rue ou place publique; il est évident que toutes les hypothéques ou autres charges dont cette chose étoit tenue, s'éteignent; sauf aux créanciers et autres qui avoient quelque droit sur cette chose, à se venger sur le prix, suivant l'ordre de leurs hypothéques et de leurs priviléges: d'où il suit qu'une telle vente ne peut donner lieu à aucune obligation de garantie.

515. Non seulement on peut être forcé à vendre pour cause d'utilité publique, on peut l'être quelquefois pour une nécessité particulière. Par exemple, si j'ai un héritage enclavé tellement dans celui de mon voisin, qu'on n'y puisse aller par aucun autre endroit que par son héritage, je puis contraindre ce voisin à me vendre *justo pretio* un droit de passage par l'endroit qui lui sera le moins incommode; *arg.* l. 12, ff. *de relig.* C'est ce qu'ont décidé les arrêts rapportés par Louet et Brodeau; *l. c. art.* 1, 2; Mornac, *ad d. l.* 12.

§. II. Des licitations.

516. Lorsque plusieurs personnes ont succédé en commun à un héritage ou autre chose qui ne peut se partager sans être déprécié, ou l'ont acquis en commun à quelque titre que ce soit, comme d'achat, de legs, de donation, etc., l'un d'eux peut obliger les autres à le liciter, c'est-à-dire, à souffrir que le total soit adjugé à celui d'entre eux qui le portera au plus haut prix.

Cette licitation se fait chez un notaire, entre les cohéritiers ou copropriétaires.

Si quelqu'un des cohéritiers ou copropriétaires témoignoit n'avoir pas le moyen d'enchérir, et demandoit en

conséquence que les enchères des étrangers fussent admises, et qu'il fût mis des affiches qui avertissent le public du jour et du lieu auxquels se feroit l'adjudication, cette demande devroit être écoutée.

Lorsque quelqu'un des cohéritiers ou copropriétaires est mineur, il est de nécessité, pour la validité de la licitation, que les enchères des étrangers soient reçues.

La licitation doit aussi en ce cas se faire devant le juge, qui adjuge l'héritage au plus offrant et dernier enchérisseur.

Il faut encore, pour la validité de la licitation, lorsqu'il y a quelque mineur parmi les cohéritiers ou copropriétaires, qu'il soit constaté par une visite et un rapport d'experts nommés par le juge, que les héritages communs ne peuvent se partager sans être dépréciés, et qu'en conséquence la licitation soit ordonnée par le juge, comme la seule voie commode pour sortir de communauté.

On peut néanmoins se passer de la visite, lorsque, par la nature de ce qui est à partager, ou par rapport au nombre des copartageants, il est évident qu'il ne peut se faire de partage commodément; comme s'il n'y a dans une succession qu'une maison qui n'a qu'un corps de logis, s'il n'y a qu'une métairie dont il ne dépende qu'une quantité médiocre de terre.

Lorsque, sur une licitation dans laquelle les étrangers ont été admis à enchérir, l'héritage est adjugé à un étranger, la licitation est un vrai contrat de vente que les licitants lui font de l'héritage licité; contrat qui produit de part et d'autre toutes les obligations que produit le contrat de vente.

Mais lorsque c'est un des cohéritiers ou copropriétaires qui se rend adjudicataire, la licitation est regardée en ce cas comme une espèce de partage ou acte dissolutif de communauté, plutôt que comme une vente. Nous parlerons de ces licitations en la partie VII, et nous ferons voir les différences entre cet acte et le contrat de vente.

§. III. Des ventes en justice.

517. Les immeubles et les meubles se vendent quelquefois en justice.

Une vente de meubles est faite en justice, ou lorsqu'elle est faite par le juge à l'audience, ou lorsqu'elle est faite à l'encan par un ministre de justice, tel qu'un sergent; soit qu'elle soit forcée, telle qu'est celle qu'un créancier fait des meubles saisis sur son débiteur; soit qu'elle soit volontaire, telle que celle que des héritiers font des meubles d'une succession.

A l'égard des immeubles, nous avons déja vu un cas auquel ils se vendent en justice, qui est celui de la licitation, lorsque parmi les cohéritiers ou copropriétaires il y a quelques mineurs.

Si l'héritage dans lequel un mineur a une part indivise ne peut être vendu qu'en justice, à plus forte raison celui qui appartient pour le total à un mineur ne peut être vendu qu'en justice, dans le cas auquel le juge, sur un avis de parents, permet de le vendre, qui est celui auquel cette vente est nécessaire pour l'acquittement des dettes du mineur, et pour prévenir la saisie réelle de ses biens.

La principale espèce de vente en justice, est le décret des héritages saisis réellement par des créanciers hypothécaires, soit sur leur débiteur qui en est le propriétaire, soit sur le curateur à sa succession vacante, soit sur le curateur créé à l'héritage délaissé par un tiers détenteur.

Nous ne parlerons point ici de cette espèce de vente: elle mérite un traité particulier, et nous en avons traité en notre introduction au titre 21 de la coutume d'Orléans.

518. Les ventes en justice sont ou pures et simples, ou faites sous la condition qu'il ne surviendra point d'enchérisseur. Ces dernières sont appelées *remises*, *adjudications sauf*.

Dans les décrets, l'adjudication pure et simple doit être précédée de trois remises ou adjudications sauf quinzaine,

c'est-à-dire d'adjudications faites sous la condition qu'il ne surviendra pas d'enchérisseur pendant la quinzaine.

Ces adjudications sauf se pratiquent aussi dans les autres espèces de ventes en justice, telles que les licitations, lorsque les parties le requièrent.

Ces ventes ont rapport à celles qu'on appeloit en droit *addictio in diem*, et dont nous avons traité *part.* V, §. 4.

519. La condition sous laquelle elles se contractent est suspensive; et en cela elles diffèrent de celles dont nous avons traité *d. loco;* c'est pourquoi ces ventes ne sont point mises à exécution avant l'échéance de la condition : le domaine de l'héritage ainsi adjugé n'est point transféré, ni l'adjudicataire mis en possession; et il n'est point non plus, *pendente hâc conditione*, obligé de payer le prix.

S'il étoit survenu des enchérisseurs, et que l'adjudicataire sauf quinzaine, ayant enchéri au-dessus d'eux, soit encore adjudicataire; en ce cas ce n'est pas la première adjudication qui lui a été faite qui subsiste; elle a été détruite, *defectu conditionis*, par les enchères qui sont survenues; il n'y a que la dernière qui subsiste : c'est en vertu de cette dernière qu'il est acheteur, et qu'il devient propriétaire de l'héritage. C'est ce qui est supposé comme certain en la loi 6, §. 1, *de in diem add.*

520. Observez que dans les ventes qui sont appelées *addictio in diem*, il suffisoit au premier acheteur d'offrir autant que ce qu'avoit offert celui qui avoit enchéri sur lui, pour lui être préféré pour la seconde vente, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 453. Mais dans nos *adjudications sauf*, il faut que l'adjudicataire sauf, sur qui quelqu'un a enchéri, enchérisse lui-même sur cet enchérisseur.

521. Il y a une différence plus essentielle entre l'adjudication sauf, et l'*addictio in diem* du droit romain. Par le droit romain, si dans le temps réglé par la convention il n'étoit survenu aucun enchérisseur, le magistrat n'adjugeoit point de nouveau la chose vendue à l'acheteur : la première vente étoit de plein droit confirmée; le vendeur ne pouvoit plus, sans manquer à son engagement, vendre la

chose à un plus offrant enchérisseur. Au contraire, selon nos usages, au jour de l'échéance de la quinzaine, on crie de nouveau l'héritage; et s'il ne survient point d'enchérisseur, celui qui poursuit la vente peut obtenir du juge une nouvelle remise, que ne peut empêcher celui à qui l'héritage avoit été adjugé sauf quinzaine; mais il peut seulement demander en ce cas à être déchargé de son enchère ou adjudication.

522. Lorsque, faute d'enchérisseur, l'héritage est adjugé purement à celui à qui il avoit été adjugé sauf quinzaine, cette nouvelle adjudication n'est qu'une confirmation de la première, et c'est en vertu de la première que l'adjudicataire acquiert l'héritage.

Ces adjudications sauf quinzaine sont fort différentes d'une simple enchère : une simple enchère n'est point une vente ; ce n'est qu'une simple promesse, un simple engagement, par lequel l'enchérisseur n'achète pas actuellement, mais s'engage d'acheter, au cas que son enchère ne soit pas couverte; c'est pourquoi la chose enchérie n'est pas à ses risques; *suprà*, *n*. 492.

Au contraire, l'adjudication sauf est une vente, non pas à la vérité pure et simple, mais suspendue par une condition; et la chose est aux risques de l'adjudicataire. *Voyez notre introduction au titre* 21 *de la coutume d'Orléans*, *n*. 92 et 93.

523. L'engagement qui se contracte par une simple enchère, et celui qui résulte de l'adjudication sauf, ont cela de commun, que l'un et l'autre se dissolvent de plein droit aussitôt qu'il y a eu une autre enchère acceptée par le juge.

Cela auroit lieu quand même celui qui a couvert l'enchère ne pourroit pas payer; car il n'en est pas moins vrai qu'il y a eu une enchère acceptée, et que par conséquent la condition sous laquelle le précédent enchérisseur a contracté, a manqué, le précédent enchérisseur n'ayant contracté que sous la condition qu'il ne surviendroit pas d'autre enchérisseur.

Il en seroit autrement si l'enchère étoit nulle par défaut de forme, ou par l'incapacité de contracter dans l'enchérisseur; comme si c'étoit une femme qui eût enchéri sans être autorisée de son mari, ou un mineur sans l'autorité de son tuteur; telles enchères, quoique par erreur acceptées par le juge, ne déchargent pas le précédent enchérisseur; car une enchère nulle n'est pas une enchère.

524. Cette régle, que l'enchérisseur est de plein droit libéré par une autre enchère acceptée par le juge, reçoit des exceptions.

Par exemple, par l'ordonnance des eaux et forêts, un enchérisseur, et même un adjudicataire, peut, dans le temps de vingt-quatre heures, en payant la somme dont son enchère surpasse la précédente, renoncer à son enchère ou adjudication, et renvoyer l'adjudication au précédent enchérisseur, en le lui notifiant dans ledit temps; et celui-ci peut faire la même chose par rapport à celui qui l'a précédé, *et sic deinceps* jusqu'au premier.

De là il résulte que dans les siéges des eaux et forêts un enchérisseur n'est pas de plein droit déchargé par l'enchère qu'on met au-dessus de lui.

Par l'ordonnance de 1681, sur les fermes du roi, *tit. des publications, art. 4*, il est porté que si l'adjudicataire ne donne pas de caution suffisante dans le temps prescrit, l'adjudication peut être faite au précédent enchérisseur, ce qui fait pareillement une exception à notre principe.

CHAPITRE III.

De la vente des droits successifs, et autres droits attachés à la personne du vendeur.

525. On peut vendre l'hérédité d'un défunt en tout ou en partie.

§. I. Quelle hérédité peut-on vendre?

526. Il faut que celui dont on vend l'hérédité ait existé,

et soit mort; car il ne peut y avoir d'hérédité d'un homme qui n'a jamais existé, ou qui est encore vivant; l. 1, ff. *de hæred. vend.;* l. 7, ff. *dict. tit.*

C'est pourquoi si par erreur quelqu'un a vendu l'hérédité de son parent qu'il croyoit mort, et qu'il se trouve vivant, la vente est nulle, et ne produit aucune obligation de part ni d'autre; *d.* l. 1, ff. *de hæred. vend.*

Si l'acheteur a payé par erreur le prix, il en aura la répétition *condictione sine causâ;* car il a payé sans sujet, puisqu'il n'y a point de vente. Il aura aussi la répétition de tout ce qu'il lui en a coûté pour cette fausse vente; car le vendeur qui l'a induit en erreur, en lui vendant ce qui n'existoit pas, doit réparer le tort qu'il lui a causé. Tout ceci est conforme à la loi 8, ff. *de hæred. vend.*

527. Pourroit-on vendre l'hérédité future d'une personne? La raison de douter est, qu'il a été établi en la première partie de ce traité, *n.* 5, qu'on peut vendre les choses dont on espère la future existence, comme lorsque nous vendons avant la récolte le vin que nous recueillerons. La raison de décider est que cette régle souffre exception à l'égard des choses qu'il est contre la décence et les bonnes mœurs d'espérer, telle qu'est une succession future, qu'on ne pourroit espérer qu'en espérant la mort de la personne qui doit y donner ouverture, ce que les bonnes mœurs ne permettent pas. Notre décision est conforme à celle des jurisconsultes romains, qui ont condamné, comme contraires aux bonnes mœurs, toutes sortes de conventions sur les successions futures; l. 19; l. *fin. cod. de pact.* Suivant les lois romaines, ces conventions étoient interdites, même dans les contrats de mariage; l. 15, *cod. de pact.* Dans notre droit, la faveur de ces contrats les y a fait admettre; mais nous ne les admettons point ailleurs. *Voyez notre Traité des obligations, n.* 132.

528. La vente d'une hérédité n'est pas valable, s'il n'y a pas encore d'hérédité. Mais il n'est pas nécessaire, pour que la vente soit valable, que l'hérédité appartienne au vendeur; car, selon les principes établis en la première

partie, *n.* 7, la vente qu'une personne fait de la chose d'autrui est valable; *Res aliena vendi potest.* C'est pourquoi celui qui vend des droits successifs qui ne lui appartiennent point, *putà,* parcequ'il n'est pas en degré de succéder, ou qu'il n'est héritier que pour une moindre partie que celle qu'il a vendue, contracte valablement, et s'oblige à faire avoir à l'acheteur la valeur de cette hérédité qu'il a vendue, c'est-à-dire tout ce qu'il auroit eu si l'hérédité lui avoit effectivement appartenu; l. 8, ff. *de hæred. vend.*

529. Si quelqu'un n'avoit pas vendu précisément l'hérédité d'une personne, mais ses prétentions à cette hérédité, pour que l'acheteur les exerçât à ses risques, et sans garantir à l'acheteur que l'hérédité lui appartient effectivement; en ce cas, s'il est jugé contre l'acheteur que l'hérédité n'appartenoit pas à son cédant, le vendeur ne sera tenu à rien envers l'acheteur, pas même à la restitution du prix; car ce n'est pas précisément l'hérédité qui a été vendue, ce sont les prétentions du vendeur, telles qu'elles sont, bien ou mal fondées; *non hæreditas, sed incertum hæreditatis veniit;* c'est un hasard qui a fait l'objet du contrat, comme lorsqu'on achète le coup de filet d'un pêcheur; l. 10, et l. 11, ff. *de hæred. vend.*

Si néanmoins le vendeur avoit vendu ses prétentions, ayant connoissance qu'elles étoient mal fondées, quoiqu'il les eût vendues avec déclaration expresse qu'il n'entendoit pas garantir que la succession lui appartînt, il sera tenu, à cause de son dol, à la restitution du prix; et il doit en outre indemniser l'acheteur de tout ce qu'il lui en a coûté; l. 12, ff. *dict. tit.*

§. II. Que comprend la vente d'une hérédité?

530. Lorsqu'on vend une hérédité, ce n'est pas le titre et la qualité d'héritier qu'on vend : ce titre et cette qualité sont attachés à la personne de l'héritier, et ne peuvent s'en séparer; d'où il suit qu'ils ne peuvent se vendre : car comme personne ne peut s'obliger à l'impossible, je ne

puis m'obliger envers un autre à lui faire avoir une chose qui par sa nature ne peut subsister dans une autre personne que dans la mienne.

Que vend-on quand on vend l'hérédité d'un défunt? On vend tout ce qui en est provenu et proviendra. Lorsque je vends mes droits successifs en la succession de quelqu'un, je vends tout l'émolument que j'ai retiré de cette succession, et tout celui que je pourrai en retirer; en un mot, tout l'actif, à la charge par l'acheteur de me décharger de toutes les dettes et charges de la succession, et de m'en indemniser.

De ces principes il suit que l'héritier qui a vendu ses droits successifs n'en demeure pas moins héritier, et qu'il n'est point, par cette vente, libéré des engagements qu'il a contractés en acceptant la succession : il demeure par conséquent obligé envers les créanciers de la succession, et envers les légataires; et il peut être poursuivi par les uns et les autres, sauf son recours contre l'acheteur, qui doit l'en acquitter; l. 2, *cod. de hæred. vend.*

§. III. Quels sont les engagements du vendeur?

531. La vente des droits successifs ou d'une hérédité, comprenant, suivant les principes établis au paragraphe précédent, tout ce qui en est provenu et en proviendra, c'est-à-dire tout l'émolument que le vendeur en a recueilli, et tout ce qu'il en pourra recueillir, il s'ensuit que son engagement consiste à livrer à l'acheteur toutes les choses qu'il a, provenantes de la succession, non seulement celles qui existoient au temps de la succession échue, et qui ont appartenu au défunt, mais tout ce qui est né et provenu de ces choses depuis la succession échue, c'est-à-dire tout ce qui a été exigé des débiteurs, tous les fruits, tant naturels que civils, que l'héritier vendeur a perçus des choses de la succession. C'est ce que décide Ulpien en la loi 2, §. 1, ff. *de hæred. vend. Utrùm ea quantitas spectatur, quæ fuit mortis tempore, an ea quæ fuit, quùm hæreditas venundatur? Et verius est hoc esse servandum quod actum est; ple-*

rumquè autem hoc agi videtur, ut quod ex hæreditate pervenit, in id tempus quo venditio fit, id videatur venisse; d. l. 2, §. 1.

532. Le vendeur contractant l'engagement de livrer à l'acheteur toutes les choses qu'il a, provenantes de la succession, au temps du contrat de vente, il s'ensuit qu'il est obligé de lui conserver toutes ces choses. Il ne peut donc, sans contrevenir à son engagement, en disposer; néanmoins, comme l'héritier qui a vendu ses droits successifs demeure toujours propriétaire des choses de la succession, jusqu'à ce qu'il les ait livrées à l'acheteur; s'il en dispose contre la foi de son engagement, il en transfère la propriété à ceux au profit de qui il les aura aliénés, mais il en demeurera débiteur envers l'acheteur des droits successifs, tout comme s'il n'en avoit pas disposé; et faute de pouvoir les lui livrer, parcequ'il en a disposé, il sera condamné envers lui en ses dommages et intérêts; l. 6, *cod. de hæred. vend.*

533. Si la chose que le vendeur a vendue à un tiers depuis le contrat de vente de ses droits successifs a, par la suite, péri par un cas fortuit, l'acheteur des droits successifs peut-il prétendre le prix que l'héritier en a reçu de celui à qui il l'a vendue? La raison de douter se tire de ce que nous venons de dire, que l'héritier qui a vendu cette chose est demeuré débiteur de cette chose, comme il l'étoit avant que de la vendre, n'ayant pu, en la vendant, changer, par son fait, son obligation. L'acheteur des droits successifs étant donc créancier de la chose plutôt que du prix, sa créance paroît devoir s'éteindre par l'extinction de la chose, suivant le principe, *Obligatio extinguitur rei debitæ interitu.* Telles sont les raisons de douter que Paul propose en la loi 21, ff. *de hæred. vend.*, nonobstant lesquelles il décide que l'acheteur des droits successifs peut en ce cas demander le prix pour lequel l'héritier a vendu la chose périe. La raison est, qu'il demeure à la vérité créancier de cette chose même, nonobstant la vente que l'héritier en a faite, mais il est aussi créancier du prix pour lequel elle a

été vendue, de manière néanmoins qu'il ne puisse exiger l'un et l'autre ensemble. Pourquoi cela? C'est que l'héritier est débiteur envers cet acheteur des droits successifs de tout ce qu'il acquiert comme héritier. Or c'est comme héritier qu'il a vendu cette chose dépendante de la succession, et qu'il en a reçu le prix; il est donc débiteur de ce prix envers l'acheteur des droits successifs.

En cela un vendeur de droits successifs est différent d'un vendeur de choses particulières; car si vous m'avez vendu une chose particulière que vous avez depuis, contre la foi du contrat de vente, vendue et livrée à un tiers, et que cette chose soit depuis périe par un cas fortuit, vous êtes entièrement libéré de votre obligation, et je ne puis vous demander le prix que vous en avez reçu du second acheteur; car il n'y avoit que la chose qui me fût due.

Observez que de votre côté vous ne pouvez pas me demander le prix pour lequel vous me l'avez vendue, et que je suis même en droit de le répéter, si je l'ai payé; car ne m'étant engagé à vous le payer qu'autant que vous seriez fidèle de votre part à votre engagement; en y contrevenant par la vente que vous avez faite à un autre de la chose que vous m'aviez vendue, vous m'avez déchargé du mien.

534. Il reste à observer qu'à l'égard des choses qui se trouvoient parmi les effets de la succession lors de la vente que l'héritier a faite de ses droits successifs, il n'est garant envers l'acheteur que de ses faits pour raison desdites choses; car, en vendant l'hérédité, il ne vend ces choses qu'en tant et de la manière qu'elles appartiennent à l'hérédité. C'est ce qui est décidé en la loi 2, ff. *d. tit. Venditor hæreditatis satisdare de evictione non debet; quùm id agatur, ut nec ampliùs nec minùs juris emptor habeat, quàm apud hæredem futurum esset: planè de facto suo satisdare cogendus est.*

535. Nous avons vu à quoi s'étend l'engagement d'un vendeur de droits successifs par rapport aux choses de la succession qu'il avoit lors du contrat de vente. A l'égard de celles qu'il n'avoit plus lors de la vente, il faut distin-

guer celles dont il a disposé, ou qu'il a consommées pour son usage, et celles qui sont péries.

Quant à celles dont il a disposé, s'il les a vendues, il n'est pas douteux qu'il doit faire raison à l'acheteur du prix qu'il les a vendues; car il doit faire raison de tout le profit qu'il a retiré de la succession.

Il doit même faire raison à l'acheteur des droits successifs de l'estimation des choses de la succession dont il a disposé par donation, et de celles qu'il a consommées pour son usage : *Rerum ante venditionem donatarum prætia præstari æquitatis ratio exigit*, l. 2, §. 3, ff. *de hæred. vend.* La raison est, qu'il doit faire raison à l'acheteur de tout ce qui lui est parvenu de la succession : *Hoc agi videtur, ut quod ex hæreditate pervenit in id tempus quo venditio fit, id videatur venisse;* d. l. 2, §. 1. Or ces choses lui sont parvenues, quoique par la suite il en ait disposé, ou qu'il les ait consommées.

A l'égard de celles qui sont péries avant la vente, l'héritier n'en est pas tenu envers l'acheteur; car la perte des effets de la succession doit tomber sur l'acheteur : la perte comme le profit le regarde. On ne doit point en ce cas distinguer si c'est par la faute de l'héritier, ou sans sa faute, qu'elles sont péries; car l'héritier, qui étoit propriétaire de ces choses, et ne les devoit pour lors à personne, n'étoit pour lors obligé à aucun soin de ces choses, et par conséquent il ne pouvoit pour lors commettre aucune faute à leur égard.

536. Si l'héritier, quoiqu'avant la vente de ses droits successifs, a accepté la succession de quelqu'un des débiteurs de l'hérédité qu'il a vendue, quoique cette dette fût éteinte, lors du contrat de vente, par la confusion qui s'en étoit faite en acceptant la succession de ce débiteur, il ne laisse pas d'être tenu de faire raison de cette dette à l'acheteur; car il est censé en avoir été payé par la succession du débiteur qu'il a acceptée : *Aditio hæreditatis pro solutione cedit;* l. 95, §. 2, *de solut.*

Cela a lieu quand même ce débiteur dont la succession

a été imprudemment acceptée seroit mort insolvable; car toute succession est réputée solvable lorsqu'elle est acceptée : *Non potest videri hæreditas solvendo non esse, quæ invenit hæredem;* l. 36, ff. *de bon. libert.*

537. A l'égard des dettes actives de la succession qui n'ont pas encore été payées, l'héritier qui a vendu la succession n'est tenu à autre chose envers l'acheteur qu'à lui remettre les titres desdites dettes, pour que ledit acheteur s'en fasse payer à ses risques, comme cessionnaire de l'héritier, en signifiant aux débiteurs sa cession.

L'héritier vendeur n'est tenu envers l'acheteur de l'insolvabilité des débiteurs que dans le cas auquel le débiteur seroit devenu insolvable depuis que l'héritier auroit été en demeure de livrer à l'acheteur les titres nécessaires pour le faire payer, et que cette demeure de l'héritier auroit empêché l'acheteur de se procurer le paiement pendant que le débiteur étoit encore solvable.

538. Si l'héritier étoit débiteur envers le défunt dont il a vendu l'hérédité, doit-il faire raison à l'acheteur des droits successifs de ce qu'il devoit au défunt? Oui; ainsi le décide la loi 20, §. 1, ff. *de hæred. vend.* La raison est, qu'il doit faire raison de tout ce qui lui est provenu de la succession : or la libération de sa dette est un émolument qui lui est provenu de la succession, puisque c'est la succession qui lui en a procuré la libération. Mornac, *ad d. l.* est néanmoins d'avis contraire, mais mal-à-propos.

Par la même raison, si l'héritage de l'héritier étoit sujet à une servitude envers l'héritage du défunt, l'héritier doit rétablir cette servitude qui a été confuse et éteinte par son acceptation de la succession; car il doit faire raison à l'acheteur des droits successifs, de tout le profit qui lui est provenu de la succession : or la libération de la servitude dont son héritage étoit chargé, est un profit qui lui est provenu de la succession, et dont il ne peut mieux faire raison à l'acheteur qu'en rétablissant la servitude.

539. Si l'héritier a reçu quelque somme de quelqu'un qui s'est faussement persuadé la devoir à la succession,

soit qu'il l'ait reçue avant le contrat de vente, soit depuis, il n'est pas obligé d'en tenir compte à l'acheteur des droits successifs; car quoique cette somme soit parvenue à l'héritier à l'occasion de la succession, néanmoins elle ne lui est pas provenue de la succession, à qui elle n'étoit pas due; il la tient plutôt de l'erreur de celui qui l'a payée, que de la succession. C'est la décision de la loi 2, §. 7, ff. *de hæred. vend.*, où il est dit, *hoc servari, ut hæres emptori non præstet quod non debitum exegerit.*

Observez que cette décision ne peut avoir lieu *in praxi*, que lorsque l'héritier, ayant découvert l'erreur, a rendu la somme à celui qui l'a indûment payée. S'il la retenoit, il ne seroit pas recevable à soutenir qu'elle n'étoit pas due à la succession; car on lui répondroit: Pourquoi la retenez-vous donc?

540. Il arrive quelquefois qu'un héritier, en vendant ses droits successifs, se réserve certains effets de la succession, *putà*, certains héritages de la succession. Il n'est pas douteux que l'acheteur ne peut demander l'effet ou l'héritage qui a été excepté, ni les fruits que l'héritier vendeur en a perçus depuis le contrat de vente : mais peut-il demander ceux que l'héritier a perçus avant le contrat de vente? Labéon, en la loi 25, ff. *de hæred. vend.*, décide qu'il le peut. La raison est que ces fruits, par leur perception, ont acquis un être distinct et séparé de l'héritage sur lequel ils ont été recueillis; ils ne se trouvent donc point compris dans l'exception qui a été faite de cet héritage dont ils avoient cessé de faire partie.

§. IV. Quels sont les engagements de l'acheteur?

541. L'acheteur des droits successifs est obligé de payer le prix convenu de la cession. Outre cela, il est obligé d'indemniser l'héritier de qui il a acheté les droits successifs, de tout ce qu'il lui en a coûté, et de tout ce qu'il pourroit lui en coûter par la suite pour raison de la succession; par exemple, de ce qu'il a payé pour les frais funéraires, de ce qu'il a payé aux créanciers de la succession, aux

légataires, pour le centième denier, pour les profits, etc., pour des réparations, etc.

Non seulement il est obligé de le rembourser de tout ce qu'il a déboursé, mais il est obligé de lui exhiber et rapporter quittance ou décharge des créanciers de la succession envers lesquels l'héritier, comme nous l'avons observé ci-dessus, demeure toujours obligé, nonobstant la vente qu'il a faite de ses droits successifs. Le temps dans lequel il doit rapporter cette décharge est à la discrétion du juge, qui le régle selon les circonstances.

542. Si l'héritier qui a vendu ses droits successifs est devenu, soit avant, soit depuis le contrat, héritier de quelqu'un des créanciers de la succession ou de quelqu'un des légataires, l'acheteur des droits successifs doit lui faire raison de cette dette. Ainsi le décide Labéon en la loi 24, ff. *de hæred. vend.* La raison est qu'en acceptant la succession d'un créancier de celle que je vous ai vendue, j'ai acquitté à mes dépens la succession que je vous ai vendue. Ceci s'éclaircit par un exemple. Je vous ai vendu mes droits successifs en la succession de Pierre : j'ai été héritier de Jacques, créancier de Pierre, d'une somme de 10,000 liv. Jacques, lors de sa mort, avoit 100,000 livres de bien, y compris cette créance de 10,000 liv. En devenant héritier de Jacques, il se fait confusion et extinction de cette dette de 10,000 liv., que je dois, comme héritier de Pierre, à la succession de Jacques, dont je deviens aussi héritier. Au moyen de cette confusion, je ne trouve plus que 90,000 livres dans la succession de Jacques, au lieu de 100,000 liv. que j'aurois trouvées, si je n'eusse pas été l'héritier de Pierre, et si je n'eusse pas fait confusion de cette dette. La confusion et extinction de cette dette me coûte donc 10,000 liv., et par conséquent l'acheteur de mes droits successifs en la succession de Pierre, à qui cette extinction de dette profite, doit m'en acquitter.

543. Lorsque l'héritier étoit créancier du défunt dont il a vendu l'hérédité, l'acheteur doit pareillement lui faire raison de sa créance, qui s'est confuse et éteinte par l'a-

dition d'hérédité; car il doit lui faire raison de tout ce qu'il lui en a coûté pour la succession. Or il lui en a coûté l'extinction de cette créance; l. 2, §. 18, ff. *de hæred. vend.* Mornac, *ad h.* §., est néanmoins d'avis contraire; mais il a tort.

Il en seroit autrement si la dette du défunt étoit une dette dont il ne pouvoit être tenu que pendant sa vie, et qui ne passât pas à son héritier, comme s'il s'étoit rendu caution pour quelqu'un, à la charge de ne pouvoir être tenu de ce cautionnement que pendant sa vie : le créancier d'une pareille dette, qui seroit devenu héritier de son débiteur, ne pourroit pas s'en faire rembourser par l'acheteur des droits successifs; car c'est la mort de son débiteur, et non l'adition de son hérédité, qui a éteint cette dette.

544. Si quelque héritage de la succession devoit une servitude à un héritage de l'héritier, l'acheteur des droits successifs à qui cet héritage de la succession a été livré, doit la rétablir; l. 2, §. 19, ff. *de hæred. vend.*; l. 9, ff. *comm. præd.*; car l'héritier l'ayant perdue par la confusion qu'en a opérée son adition d'hérédité, il en doit être indemnisé par l'acheteur, qui doit l'indemniser de tout ce qu'il lui en a coûté pour être héritier.

545. Si l'héritier a payé ce qu'il s'étoit faussement persuadé être dû par succession, il n'en a aucune répétition contre l'acheteur des droits successifs. C'est ce qui est décidé en la loi 2, §. 7, *de hæred. vend. Hoc servari ut hæres emptori non præstet quod non debitum exegerit, neque ab eo consequatur quod non debitum præstiterit.* Néanmoins s'il a été condamné par sentence, en qualité d'héritier, à payer une somme, l'acheteur est obligé de lui en faire raison, quoiqu'il ait été mal condamné, et que cette somme ne fût pas due; car il doit être indemnisé de tout ce qu'il lui en a coûté en qualité d'héritier; et l'acheteur ne peut pas lui opposer, comme dans le cas précédent, qu'il a eu tort de payer cette somme, puisqu'ayant été condamné, il n'a pu s'en dispenser. C'est ce qui est décidé en ladite loi 2,

§. 7, ff. *dict. tit. Si condemnatus præstiterit, hæredi sufficit esse eum condemnatum sine dolo malo suo, etiamsi maximè creditor non fuerit is qui condemnatus est;* d. §. 7.

Cette décision a lieu sur-tout lorsque la condamnation est intervenue avant le contrat de vente : lorsqu'il n'a été assigné que depuis, il doit mettre en cause l'acheteur des droits successifs.

§. V. Si, depuis la cession qu'un héritier pour partie a faite à quelqu'un de ses droits successifs, son cohéritier renonce à la succession, la part de ce renonçant accroît-elle, pour le profit comme pour les charges, au cédant ou au cessionnaire ?

546. Cette question est difficile, et est très controversée entre les docteurs. Barthole, *ad l. re conjuncti*, Duaren, *Tract. de jure accr.* 16, 6, et quelques autres docteurs, tiennent pour le cessionnaire. Leurs raisons sont, 1° que celui qui vend une chose vend tout ce qui en fait partie, et en est une dépendance naturelle et essentielle. Or, lorsque j'accepte une succession qui m'est déférée pour partie, le droit successif que j'acquiers par mon acceptation renferme le droit d'avoir par accroissement la portion de mon cohéritier, au cas qu'il répudie la succession. Ce droit d'accroissement fait partie de mon droit successif, il en est une dépendance essentielle et inséparable : il doit donc être censé compris dans la vente que j'ai faite de mon droit successif.

Il y a d'autant plus de raison de le décider ainsi, que la portion de mon cohéritier, qui m'accroît par sa renonciation, est censée m'être acquise, non pas seulement du jour de cette renonciation, mais dès l'instant de la mort du défunt, qui, au moyen de cette renonciation, est censé m'avoir saisi seul du total de la succession. C'est pourquoi cette part qui m'accroît par la renonciation de mon cohéritier m'appartenoit déja au temps de la vente que j'ai faite de mon droit successif : on ne peut donc pas douter qu'elle n'en fît dès-lors partie, et qu'elle ne soit par conséquent comprise dans la vente que j'en ai faite.

2° C'est un principe établi au §. 3, *suprà*, que celui qui a vendu son droit successif est tenu de faire raison à l'acheteur généralement de tout ce qui lui parvient par la suite en vertu du droit successif qu'il a vendu : *Non solùm quod jam pervenit, sed et quod quandoquè pervenerit restituendum est;* l. 2, §. 4, ff. *de hœred. vend.* Or, c'est en vertu du droit successif que j'ai vendu, que la part de mon cohéritier qui renonce me parvient par droit d'accroissement; l'acheteur est donc bien fondé à me demander que je lui en fasse raison.

C'est pareillement un principe établi au §. 4, que celui qui a vendu son droit dans une succession doit être acquitté par l'acheteur généralement de tout ce qu'il pourroit être par la suite obligé de payer par rapport à cette succession : *Si venditor quoquo nomine obligatus sit propter hæreditatem, agere potest cum emptore;* d. l. 2, §. 20. Donc, lorsque j'ai vendu mon droit successif, je suis bien fondé à demander que l'acheteur m'acquitte des dettes de la succession, non seulement pour la part qui m'avoit d'abord été déférée, mais même pour la part qui m'est accrue par la renonciation de mon cohéritier à la succession, en offrant à l'acheteur de lui délaisser tout ce qui m'est parvenu de cette part.

3° C'est un principe que dans les successions et dans les legs de propriété d'une chose, la portion du cohéritier ou du colégataire qui renonce, accroît à la portion de celui qui a accepté plutôt qu'à sa personne, à la différence des legs d'usufruit, dans lesquels l'accroissement se fait à la personne du légataire : *Portio fundi* (*legati*) *velut alluvio portioni, personæ fructus accrescit;* l. 33, ff. *de usufr.* Donc, lorsque j'ai vendu mon droit successif, l'accroissement de la part de mon cohéritier qui renonce doit se faire à l'acheteur par-devers qui se trouve la portion à laquelle cette part doit accroître. Cet argument a paru à Duaren une démonstration contre laquelle, selon lui, on ne peut rien opposer de raisonnable. En vain, dit-il, opposeroit-on que celui qui a vendu son droit successif demeure toujours

l'héritier; qu'il est même censé toujours conserver la portion héréditaire qu'il a vendue, puisqu'il en a le prix qui lui a été payé par l'acheteur; que ce prix représente tellement la chose, qu'il est dit en la loi 4, §. *fin. si quis omissa caus.: Si quis vendiderit hæreditatem, utique possidere videtur* : car le jurisconsulte ayant comparé cet accroissement à l'accroissement naturel d'une alluvion, fait assez connoître que cet accroissement doit se faire non au vendeur par-devers qui la portion à laquelle la part du renonçant doit accroître, est censée être, *fictione quâdam et interpretatione juris*, mais à l'acheteur par-devers qui se trouve réellement et effectivement cette portion. On ne disputeroit pas à un acheteur de droits successifs l'accroissement naturel qui se feroit par alluvion à un héritage de la succession; on ne doit pas plus lui disputer l'accroissement de la part du renonçant, puisque le jurisconsulte dit que ces accroissements ont le même effet.

Pour confirmer de plus en plus son principe, que ce n'est pas à celui qui ne conserve que le titre d'héritier, mais à celui à qui les droits successifs de cet héritier sont effectivement passés, que doit accroître la portion du cohéritier renonçant, Duaren rapporte l'exemple d'un héritier qui a été contraint par le préteur d'accepter une succession aux risques d'un fidéicommisssaire, envers qui il étoit grevé de restituer la portion pour laquelle il avoit été institué. La loi 43, ff. *ad Trebell.*, suppose comme un droit constant, que la part d'un cohéritier renonçant accroît au fidéicommissaire. Il allégue aussi celui d'un héritier dont les droits successifs ont été confisqués à cause de son indignité : ce n'est pas à lui, quoiqu'il conserve le titre d'héritier, mais au fisc qu'accroît la part de son cohéritier qui répudie la succession; l. 83, ff. *de acq. hæred.*

L'opinion contraire a été embrassée par Cujas, *obs.* XII, 13, et suivie par plusieurs autres docteurs cités par Fachin., *controv. v.* 101. La raison principale sur laquelle elle est fondée, est que tout marché, toute convention ne renferme que les choses que les parties contractantes ont eues

en vue, et dont il est vraisemblable qu'elles ont eu intention de traiter ; l. 9, §. *de transact. et passim.* Or, lorsqu'un héritier pour partie vend à quelqu'un ses droits successifs avant que son cohéritier ait pris qualité, il est vraisemblable que les parties contractantes n'entendoient traiter que de la portion que le vendeur paroissoit avoir alors dans la succession. Cela paroît sur-tout lorsque le contrat porte que cet héritier a vendu *sa part* en la succession d'un tel ; car ces termes, *sa part*, font assez connoître que les parties n'ont entendu traiter que d'une *part*, savoir, de celle que le vendeur avoit de son chef en la succession, et qu'elles n'ont point entendu traiter du total de la succession, quoiqu'il pût arriver que par la renonciation de son cohéritier, le total de la succession papartînt par la suite au vendeur.

Quand même on ne se seroit pas servi dans le contrat de vente du terme de *part*, et qu'il seroit dit en termes généraux, que cet héritier a vendu *ses droits en la succession d'un tel;* même en ce cas il est vraisemblable que les parties n'ont traité que de la part que l'héritier paroissoit avoir dans la succession lors du contrat de vente qu'il a fait de ses droits successifs, et non de celle qui est accrue par la renonciation de son cohéritier; car les parties n'ayant pu deviner, lors du contrat, que le cohéritier renonceroit par la suite à la succession, ne s'étant point attendues à cette renonciation, et ne l'ayant point prévue, il s'ensuit qu'elles n'ont traité que de la part qu'avoit alors l'héritier qui vendoit ses droits successifs, et non de celle qui lui est échue depuis par la renonciation de son cohéritier : *Neque enim pacto continetur id de quo cogitatum non est ; d. leg.* 9, §. *fin.*

A l'égard des moyens allégués pour la première opinion, on répond au premier en disant : J'accorde que la renonciation de mon cohéritier a un effet rétroactif; que je suis censé avoir été saisi, dès le temps de la mort du défunt, de la part qui m'est accrue par sa renonciation; que par conséquent elle faisoit partie de mon droit suc-

cessif lors du contrat de vente que j'en ai fait : mais il ne s'ensuit pas pour cela que j'aie vendu cette part ; car elle faisoit partie de mon droit successif sans que je le susse alors ; et je n'ai voulu vendre que ce que je savois avoir, et non pas ce que j'avois sans le savoir.

On répond au second moyen, que la loi opposée, qui dit, *Quod quandoquè pervenerit restituendum est*, s'entend *de eo quod pervenerit ex eâ hæreditatis parte quæ veniit*, Pareillement celle qui dit que l'acheteur des droits successifs doit indemniser le vendeur, *Si quoquo nomine obligatus sit propter hæreditatem*, s'entend, *propter eam hæreditatis partem quæ veniit.*

On répond au troisième moyen, que lorsque quelqu'un vend son droit successif, ou sa part en une succession, c'est moins le droit même, que l'émolument qui est provenu et qui proviendra par la suite de ce droit, qu'il vend, à la charge par l'acheteur de l'indemniser des charges : car ce droit successif étant attaché à la personne de l'héritier, et en étant tellement inséparable, que, nonobstant la vente qu'il en fait, il demeure toujours héritier, et, en cette qualité, obligé envers les créanciers de la succession, il s'ensuit que le droit en lui-même ne peut passer à l'acheteur. D'où il suit pareillement que, suivant la maxime, *Portio repudiantis portioni accrescit*, l'accroissement de la portion du cohéritier renonçant doit se faire à l'héritier vendeur, par-devers qui, nonobstant la vente, est toujours demeurée sa part en la succession, à laquelle la portion du renonçant doit accroître, et non à l'acheteur, par-devers qui cette part n'est pas.

A l'égard de l'objection qu'on tire de la comparaison qui est en la loi 33, *de usufr.*, on répond que les comparaisons, sur-tout en droit, ne sont pas ordinairement adéquates. Le jurisconsulte a voulu remarquer une différence entre l'accroissement qui avoit lieu entre des cohéritiers ou des colégataires en propriété, et entre des colégataires dans un usufruit. Celui-ci se fait *personæ :* quoiqu'un légataire ait perdu sa part dans l'usufruit légué, il ne laisse

pas d'être admis à l'accroissement des portions qui viennent à défaillir par la suite, parce que cet accroissement se fait *personæ;* au lieu qu'entre cohéritiers et colégataires en propriété, l'accroissement se fait *rei.* C'est pourquoi si, après que j'ai renoncé à une succession, un de mes cohéritiers y renonce, sa part n'accroîtra qu'à ceux de mes cohéritiers qui l'ont acceptée; elle n'accroîtra pas à moi qui ai répudié la mienne, parce que l'accroissement se fait *rei*, de même que l'accroissement qui se fait par une alluvion : ce n'est que sur cela que tombe la comparaison. Mais ce sont, au surplus, des accroissements d'une nature différente. L'accroissement d'une alluvion est un accroissement physique, qui ne peut se faire qu'à un corps réel; mais l'accroissement de la part d'un cohéritier qui renonce est un accroissement civil et moral, qui se fait à un être civil et moral, telle qu'est ma part en la succession, qui est censée demeurer par-devers moi, nonobstant la vente que j'ai faite de mon droit.

A l'égard de l'objection tirée de la loi 43, ff. *ad Trebell.*, Cujas répond que si l'héritier qui a été contraint par le préteur d'accepter la succession pour la part en laquelle il a été institué aux risques du fidéicommissaire, à qui il a été chargé de la restituer, est privé de la part qui accroît par la renonciation, c'est par un droit particulier, fondé sur ce qu'ayant méprisé l'honneur que le défunt lui avoit fait de l'instituer héritier, il ne doit rien retenir de cette succession, et doit tout restituer au fidéicommissaire. Mais cette décision ne doit pas être tirée à conséquence ; et Cujas soutient que si l'héritier avoit excepté volontairement, et restitué, *ex Trebell. senatûs-consulto*, la part en laquelle il a été institué, et qu'il étoit chargé de rendre, il en seroit autrement.

Cujas répond de même à l'objection tirée de l'héritier indigne, que c'est par une raison particulière tirée de l'indignité de cet héritier, qu'il ne jouit pas du droit d'accroissement.

ARTICLE II.

De la vente d'un droit d'usufruit, et autres droits attachés à la personne du vendeur.

547. Le droit d'usufruit d'une chose peut être vendu ou par le propriétaire de la chose, ou par l'usufruitier au propriétaire de la chose, ou par l'usufruitier à un tiers.

§. I. De la vente du droit d'usufruit par le propriétaire de la chose.

548. Il n'est pas douteux que le propriétaire d'une chose peut en vendre à quelqu'un l'usufruit, et en disposer à quelque titre que ce soit. Comment, dira-t-on, cela se peut-il faire? car l'usufruit étant, suivant la définition qu'on en donne, le droit de jouir de la chose d'autrui, *jus utendi, fruendi re alienâ*, ce droit ne peut subsister en la personne du propriétaire. Comment peut-il donc vendre et disposer de ce qu'il n'a pas? La réponse est que le droit d'usufruit, considéré dans sa forme de droit de servitude, ne peut à la vérité subsister dans la personne du propriétaire; mais le fond et la substance de ce droit, qui consiste dans celui de jouir de la chose et d'en percevoir les fruits, subsiste en la personne du propriétaire, et est renfermé dans son droit de propriété, tant qu'il n'en a pas encore été détaché. Lors donc qu'un propriétaire dispose envers quelqu'un du droit d'usufruit de sa chose, il dispose d'un droit qu'il a effectivement. Il ne l'a pas à la vérité dans la forme d'un droit d'usufruit, *non habet usumfructum formalem;* mais il l'a sous une autre forme, comme renfermé dans son droit de propriété, *habet usumfructum causalem.* Lorsqu'il vend l'usufruit de la chose, c'est ce droit qu'il avoit de percevoir les fruits de la chose qu'il vend, et qu'il détache de son droit de propriété; et ce droit, par sa séparation du droit de propriété, prend la forme du droit d'usufruit; il devient *jus fruendi re alienâ*, et passe sous cette forme à l'acquéreur.

§. II. De la vente de l'usufruit, faite par l'usufruitier au propriétaire.

549. Lorsque l'usufruitier vend son droit d'usufruit au propriétaire, il fait, en conséquence de cette vente, une remise de son droit d'usufruit, et cette remise en opère l'extinction et la réunion à la propriété dont ce droit avoit été séparé: le propriétaire qui a racheté cet usufruit libère plutôt son héritage de la servitude d'usufruit, qu'il n'acquiert le droit d'usufruit, qui ne peut subsister en la personne du propriétaire : *Quùm res sua nemini servire possit, adeòque nemo possit usumfructum rei suæ habere.*

§. III. De la vente de l'usufruit, faite par l'usufruitier à un tiers.

550. Un usufruitier peut vendre aussi à un tiers son droit d'usufruit : mais cette vente comprend plutôt l'émolument que peut produire le droit d'usufruit, que le droit en lui-même ; car ce droit étant un droit attaché à la personne de l'usufruitier, ne peut se céder.

Le droit d'usufruit subsiste donc en la personne de l'usufruitier, nonobstant la vente qu'il en a faite ; l'acheteur n'acquiert que l'émolument de ce droit, et la faculté de percevoir les fruits à la place de l'usufruitier, tant que l'usufruit durera, en se chargeant de toutes les charges dudit usufruit, dont il doit acquitter l'usufruitier vendeur.

De là il suit que l'usufruit, quoique vendu, s'éteint par la mort de l'usufruitier qui l'a vendu.

Au contraire, la mort du cessionnaire n'éteint pas l'usufruit, et ses héritiers peuvent jouir, comme il auroit joui lui-même, pendant tout le temps de la vie de l'usufruitier qui a vendu l'usufruit.

Il suit encore de ces principes, que l'usufruitier n'est point, par la vente qu'il fait de son droit, déchargé, envers le propriétaire, de l'obligation qu'il a contractée de laisser en bon état l'héritage dont il jouit en usufruit : c'est à sa succession que le propriétaire a droit de s'adresser pour la réparation de toutes les détériorations, quoiqu'elles aient

été faites par le cessionnaire de l'usufruit, sauf à cette succession son recours contre ledit cessionnaire.

Au reste, le propriétaire, *celeritate conjungendarum actionum*, peut aussi, si bon lui semble, *omisso circuitu*, attaquer le cessionnaire.

CHAPITRE IV.

De la vente des rentes et autres créances.

ARTICLE PREMIER.

Comment une rente ou autre créance personnelle peut-elle se transporter ?

Et de la différence de ce transport, avec celui de simple délégation ou indication.

551. Une créance étant un droit personnel du créancier, un droit inhérent à sa personne, elle ne peut pas, à ne considérer que la subtilité du droit, se transporter à une autre personne, ni par conséquent se vendre. Elle peut bien passer à l'héritier du créancier, parceque l'héritier est le successeur de la personne et de tous les droits personnels du défunt; mais, selon la subtilité du droit, elle ne peut pas passer à un tiers; car le débiteur s'étant obligé envers une certaine personne ne peut point, par le transport de la créance, transport qui n'est point de son fait, devenir obligé envers un autre.

Néanmoins les jurisconsultes ont inventé une manière de transporter les créances sans le consentement ni l'intervention du débiteur. Comme le créancier peut exercer contre son débiteur, par un mandataire aussi bien que par lui-même, l'action qui naît de sa créance; lorsqu'il veut transporter sa créance à un tiers, il fait ce tiers son mandataire pour exercer son action contre son débiteur; et il est convenu entre eux que l'action sera exercée par le mandataire, à la vérité au nom du mandant, mais aux

risques et pour le compte du mandataire, qui retiendra pour lui tout ce qu'il exigera du débiteur en conséquence de ce mandat, et n'en rendra aucun compte au mandant. Un tel mandataire est appelé par les jurisconsultes *procurator in rem suam*, parcequ'il exerce le mandat, non pour le compte du mandant, mais pour son propre compte.

Un mandat fait de cette manière est, quant à l'effet, un vrai transport que le créancier fait de sa créance; et s'il ne reçoit rien du mandataire pour consentir que ce mandataire retienne pour lui ce qu'il exigera du débiteur, c'est une donation; s'il reçoit pour cela de l'argent du mandataire, c'est une vente qu'il lui fait de sa créance.

De là il s'est établi dans la pratique, qu'on peut transporter les créances, les donner, les vendre, et en disposer à quelque titre que ce soit; et il n'est pas même nécessaire que l'acte qui en contient le transport exprime le mandat dans lequel nous venons d'expliquer que ce transport consiste.

552. Il faut prendre garde de ne pas confondre le *transport-cession*, dont nous traitons ici, avec le *transport de simple délégation ou indication*.

Le *transport-cession* contient une vente de la dette qui est transportée; et en conséquence l'insolvabilité du débiteur de cette dette tombe sur le cessionnaire à qui le transport en est fait, ainsi que nous le verrons dans la suite, à moins qu'il ne se soit fait garantir la solvabilité par une clause particulière.

Le transport de simple délégation ne contient point de vente; c'est une simple indication que je fais à mon créancier, *unde ipsi solvam*, en lui assignant un de mes débiteurs, et lui donnant pouvoir d'exiger de lui, en mon nom, ce qu'il me doit, pour être par lui reçu en déduction de ce que je lui dois.

Par cette délégation je demeure toujours propriétaire de la créance par moi déléguée, jusqu'à ce qu'elle soit éteinte par le paiement; et par conséquent si mon débiteur

devient insolvable, son insolvabilité tombe sur moi; et mon créancier, qui demeure toujours mon créancier jusqu'à ce qu'il ait reçu, peut se faire payer sur mes autres biens.

553. Cette délégation est une délégation de simple indication, qu'il ne faut pas confondre avec la délégation qui est novation, et qui se fait lorsque, pour me libérer de ce que je vous dois, je vous délègue mon débiteur, qui, pour se libérer de ce qu'il me doit, s'oblige envers vous. Par cette espèce de délégation la dette que le déléguant devoit à celui à qui il fait la délégation, et celle que le débiteur délégué devoit au déléguant, sont entièrement éteintes; et il s'en contracte à la place une nouvelle de la part du débiteur délégué, envers celui à qui la délégation est faite.

Il est évident que cette délégation est toute différente de la délégation de simple indication. Elle est aussi différente du transport-cession; car, dans le transport-cession, il ne se fait aucune novation; c'est l'ancienne dette qui étoit due au cédant qui subsiste, et qui de la personne du cédant est transportée, *non quidem ex juris subtilitate*, *sed juris effectu*, en la personne du cessionnaire.

554. Le transport-cession est aussi très différent de la subrogation, ainsi que nous le verrons au Traité de la sobrogation.

ARTICLE II.

De l'effet du transport, et de la signification qui en doit être faite.

555. Le transport d'une rente ou autre créance est, avant que la signification en ait été faite au débiteur, ce qu'est la vente d'une chose corporelle avant la tradition: de même que le vendeur d'une chose corporelle demeure, avant que la tradition en ait été faite, possesseur et propriétaire de la chose qu'il a vendue, ainsi que nous l'avons établi ailleurs; de même, tant que le cessionnaire n'a point fait signifier au débiteur le transport qui lui a été fait, le cédant n'est point dessaisi de la créance qu'il a transportée.

C'est ce que porte l'*art.* 108 *de la coutume de Paris:* « Un « simple transport ne saisit point, et faut signifier le trans- « port à la partie, et en bailler copie. »

556. De là il suit qu'avant cette signification, le débiteur paye valablement au cédant son créancier; et le cessionnaire n'a d'action en ce cas que contre son cédant, savoir, l'action *ex empto, ut præstet ipsi habere licere,* et par conséquent à ce qu'il lui remette la somme qu'il ne peut plus exiger du débiteur, qui l'a valablement payée au cédant.

557. De là il suit, 2° qu'avant cette signification, les créanciers du cédant peuvent saisir et arrêter ce qui est dû par le débiteur dont la dette a été cédée; et ils sont préférés au cessionnaire, qui n'a pas, avant cette saisie et arrêt, fait signifier son transport: ce cessionnaire n'a d'action en ce cas que contre son cédant, savoir, l'action *ex empto*, pour que son cédant *præstet ipsi habere licere*, et en conséquence ait à lui rapporter la main-levée des saisies et arrêts, ou à lui payer la somme qu'il ne peut toucher du débiteur par lesdites saisies-arrêts.

558. De là il suit, 3° que si le cédant, après avoir transporté une créance à un premier cessionnaire, a la mauvaise foi d'en faire transport à un second qui soit plus diligent que le premier à signifier son transport au débiteur, ce second cessionnaire sera préféré au premier, sauf au premier son recours contre le cédant.

559. Quoique le cessionnaire ait fait signifier son transport au débiteur, à ne considérer que la subtilité du droit, le cédant, nonobstant le transport et la signification, demeure toujours le créancier; c'est toujours en lui que réside la créance. Cela résulte des principes que nous avons établis dans l'article précédent: mais *quoad juris effectus*, le cédant est, par la signification du transport faite au débiteur, réputé dessaisi de la créance qu'il a cédée; il n'est plus censé en être le propriétaire; le cessionnaire est censé l'être: c'est pourquoi le débiteur ne peut plus valablement payer au cédant; les créanciers du cédant ne peuvent sai-

sir et arrêter cette créance, parcequ'elle est censée ne plus appartenir à leur débiteur.

Cependant comme le cessionnaire, même après la signification du transport, n'est que le mandataire, quoique *in rem suam*, du cédant, en la personne de qui, dans la vérité, réside la créance; le débiteur peut opposer au cessionnaire la compensation de tout ce que lui devoit le cédant avant la signification du transport; ce qui n'empêche pas qu'il ne puisse opposer aussi la compensation de ce que le cessionnaire lui-même lui doit; le cessionnaire étant lui-même, *non quidem ex juris subtilitate, sed juris effectu, creditor.*

ARTICLE III.

En quoi consiste l'obligation du vendeur qui a transporté une rente ou une autre créance.

§. I. Différentes espèces de garantie.

560. L'obligation du vendeur d'une rente et de toute autre créance consiste à en délivrer les titres et à la garantir.

On distingue deux espèces de garanties des rentes et autres créances; celle de droit, et celle de fait.

Celle de droit est ainsi appelée, parceque le vendeur en est tenu de plein droit, sans qu'on en soit convenu, et par la nature même du contrat: elle consiste à promettre que la créance vendue est véritablement due au vendeur, et à défendre l'acheteur des demandes de ceux qui en revendiqueroient contre l'acheteur la propriété, ou qui y prétendroient des hypothèques.

La garantie de fait est ainsi appelée, parceque le vendeur n'en est pas tenu de plein droit, et par la seule nature du contrat, mais seulement lorsque *de fait*, et par une clause particulière du contrat, il s'y est obligé.

Il y a trois espèces de cette garantie; la garantie de fait

simplement dite, celle de fournir et faire valoir, et celle de faire valoir après simple commandement.

§. II. De la garantie de fait simplement dite.

561. La garantie de fait simplement dite est celle par laquelle le vendeur promet que la créance est bonne, et que le débiteur est solvable.

Cette garantie est de fait; car de droit, si les parties ne s'en sont pas expliquées, le vendeur n'en est pas tenu; il vend la créance telle qu'elle est, bonne ou mauvaise: *Si nomen sit distractum, Celsus scribit locupletem esse debitorem non debere præstare*; l. 4, ff. *de hæred. vend. Qui nomen quale fuit vendidit, duntaxat ut sit, non etiam ut exigi aliquid possit, præstare cogitur*; l. 74, §. *fin.* ff. *de evict.*

562. C'est une question, si cette garantie de fait doit être censée stipulée, lorsque le vendeur a promis *garantir de tous troubles et empêchements quelconques*. La raison de douter est que cette clause peut s'entendre de la garantie de droit, qui consiste à défendre l'acheteur des demandes en revendication et des demandes hypothécaires, et autres semblables de la part des tiers qui prétendroient que la chose vendue leur appartiendroit, ou qu'elle leur seroit hypothéquée. Néanmoins Loyseau décide que cette clause renferme la garantie de fait, aussi bien que celle de droit. La raison est que des termes généraux employés dans une convention doivent renfermer toutes les espèces comprises sous la généralité de ces termes: or ces termes, *de tous troubles et empêchements quelconques*, sont des termes généraux qui comprennent et ceux apportés par des tiers à la possession de la rente vendue, et celui apporté à sa perception par l'insolvabilité du débiteur; l'une et l'autre garantie, l'une et l'autre espèce d'empêchement, doivent donc être censées renfermées dans cette clause.

563. Au reste, le vendeur ne promet par cette clause que la solvabilité présente du débiteur, et ne se rend point garant de l'insolvabilité qui pourroit survenir depuis le contrat; car la chose vendue doit être aux risques

de l'acheteur depuis le contrat, à moins qu'on ne convienne expressément du contraire; *arrêts rapportés par Leprestre*, II, 24.

§. III. De la garantie résultante de la clause de fournir et faire valoir.

564. La seconde espèce de garantie de fait est celle qui résulte de la clause *de fournir et faire valoir*, par laquelle le vendeur d'une rente ou autre créance s'oblige à *la fournir et faire valoir bonne, solvable et bien payable.*

Il y a eu différents sentiments sur l'interprétation de cette clause, comme sur celle de la précédente. Il y en a qui ont prétendu que la précédente ne renfermoit que la garantie ordinaire du droit, et que par celle-ci le vendeur ne promettoit que la solvabilité présente du débiteur, et ne répondoit point de la solvabilité future. Au contraire, Loyseau décide que la clause précédente renferme la garantie de fait, par laquelle le vendeur promet la solvabilité présente du débiteur, et que par celle-ci il promet non seulement que le débiteur est solvable au temps du contrat, mais qu'il le sera toujours, tant que la rente durera, c'est-à-dire que par cette clause il se rend caution du débiteur, et répond de la solvabilité perpétuelle du débiteur de la rente. Loyseau établit son sentiment en recherchant la propre signification du terme *fournir,* et de ceux-ci, *faire valoir.* FOURNIR, dit-il, c'est suppléer, parachever ce qui manque; comme quand on dit, fournir une compagnie de soldats, fournir des matériaux pour un bâtiment, etc. Donc, dit-il, *fournir une rente*, c'est suppléer et achever ce que le débiteur ne pourroit payer; c'est s'en rendre caution.

Pareillement ces termes, *faire valoir,* signifient *in se recipere*, *prendre sur soi*, répondre que la rente sera payée tant qu'elle durera.

Loyseau tire encore un argument de ces termes, *a promis fournir et faire valoir.* Les infinitifs, dit-il, ne dénotent par eux-mêmes aucun temps, mais doivent se référer, pour leur temps, au verbe qui les régit. Or le verbe *pro-*

mettre, qui, dans cette phrase, régit les infinitifs *fournir et faire valoir*, est un verbe qui de sa nature dénote le temps futur; car on promet pour l'avenir: par conséquent cette clause, par laquelle le vendeur d'une rente promet de fournir et faire valoir, contient, non une simple assurance de la solvabilité présente du débiteur, mais une promesse qu'elle sera toujours bien payée à l'avenir.

Cette clause *de fournir et faire valoir* reçoit encore moins de difficulté lorsqu'on ajoute, *tant en principal qu'arrérages;* car les termes d'*arrérages* ne pouvant s'entendre que des *futurs*, puisqu'il n'y a que les futurs qui sont cédés, il s'ensuit que le vendeur assure la perception de la rente pour le temps futur. La clause est encore plus claire lorsqu'on ajoute ces termes, *à toujours*, ainsi qu'il est assez ordinaire de les insérer.

565. De ce que nous avons dit touchant le sens de la clause de fournir et faire valoir, il s'ensuit qu'à défaut du paiement de la rente, il naît de cette clause, au profit de l'acheteur, une action de recours contre le vendeur. Mais pour que l'acheteur soit admis à cette action, il ne suffit pas que le débiteur de la rente ait été mis en demeure de payer par un commandement qui lui auroit été fait, il faut qu'il soit constant qu'il est insolvable; car par cette clause le vendeur ne promet pas que le débiteur *voudra* toujours payer, mais qu'il *pourra* payer, qu'il sera solvable.

S'il y a plusieurs obligés à cette rente, il ne suffit pas que l'un d'eux soit insolvable, il faut que tous le soient, tant les principaux obligés que les cautions.

566. Il faut aussi que ce soit sans le fait ni la faute de l'acheteur que la rente vendue soit devenue caduque. Si donc l'acheteur a désobligé quelqu'un des débiteurs ou cautions de la rente; s'il a libéré quelques hypothèques, il ne pourra exercer l'action de garantie contre le vendeur; car il n'est pas recevable à se plaindre que la rente a cessé d'être bonne, puisque c'est par son fait qu'elle a cessé de l'être.

En est-il de même s'il a laissé prescrire les hypothé-

ques, soit par le laps de temps, soit en manquant de s'opposer aux décrets des biens hypothéqués? Il y a plus de difficulté : ce n'est pas ici par son fait, c'est seulement par sa négligence que la rente est devenue caduque. Ne peut-on pas dire que le vendeur ne doit pas être reçu à opposer à l'acheteur cette négligence, puisqu'elle lui est commune avec lui, et qu'il pouvoit, aussi bien que l'acheteur, veiller à interrompre les prescriptions, et s'opposer aux décrets?

Il faut néanmoins décider, avec Loyseau, que l'acheteur perd pareillement en ce cas son action de recours contre le vendeur. L'acheteur, par sa cession, étant le mandataire, quoique *in rem suam*, du vendeur, étoit, par la nature du mandat, obligé lui-même à ces poursuites. S'il est obligé, comme nous l'allons voir, à discuter les biens du débiteur avant que de pouvoir recourir contre le cédant, par la même raison il est obligé à s'opposer aux décrets desdits biens; ce qui est plus facile que de les discuter.

567. On ne peut constater l'insolvabilité que par la discussion des biens du débiteur.

Cette discussion se fait par une saisie des meubles qui se trouvent au domicile du débiteur, ou par un procès-verbal qui constate qu'il ne s'y en est point trouvé; ce qui s'appelle un procès-verbal de carence des meubles.

L'acheteur n'étant point obligé de savoir si le débiteur de la rente a d'autres biens, peut, après cette discussion, donner son action de recours contre le vendeur. Mais si le vendeur lui indique d'autres biens, soit meubles, soit immeubles, il sera obligé de les discuter.

Il n'est pas obligé de discuter ceux qui sont hors du royaume. Il y en a même qui ont pensé qu'il n'étoit pas obligé de discuter les biens situés hors du ressort du bailliage, ou du moins hors du ressort du parlement où le débiteur a son domicile; mais cette opinion a été rejetée.

Il faut aussi en excepter les biens litigieux dont la propriété est contestée au débiteur.

568. Le vendeur ne seroit pas recevable, après que l'acheteur auroit commencé la saisie réelle des biens qu'il

lui a indiqués, à lui en indiquer d'autres, l'acheteur ne devant pas être obligé de faire plusieurs saisies réelles; mais tant que la chose est entière, et que l'acheteur n'a point encore commencé ses poursuites, rien n'empêche que le vendeur ne puisse indiquer d'autres biens du débiteur qui sont venus à sa connoissance depuis l'indication qu'il a faite des premiers.

569. Enfin l'acheteur ne peut être obligé qu'à discuter les biens qui sont en la possession du débiteur de la rente; et le vendeur qui a vendu avec la clause de fournir et faire valoir la rente, ne peut l'obliger à discuter ceux que le débiteur a aliénés. C'est ce qui est conforme à la novelle 4, et au sentiment de Loyseau, qui en agite la question.

570. Il reste à observer que la discussion se fait aux risques et aux dépens de l'indiquant. La jurisprudence même a introduit que celui qu'on renvoie à la discussion, peut demander que celui qui l'oppose lui fournisse deniers pour la faire.

571. Si après cette discussion l'acheteur ne peut être payé de la rente qui lui a été vendue, le vendeur qui a vendu avec la clause de fournir et faire valoir, ne peut éviter d'être condamné à lui payer, à la place du débiteur insolvable, les arrérages échus de la rente, et à la continuer à l'avenir. Loyseau veut néanmoins qu'on laisse au vendeur le choix d'opter en ce cas la résolution du contrat; auquel cas il sera tenu de restituer à l'acheteur le prix de la vente de la rente, avec les intérêts de ce prix, du jour que l'acheteur a cessé d'être payé de sa rente. Ce choix est utile au vendeur, soit dans le cas où la rente vendue seroit une rente foncière non rachetable, soit dans celui où elle auroit été vendue pour un prix moindre que son principal. Ce choix est fondé sur ce que par la clause de fournir et faire valoir, le vendeur, en cas de caducité, constitue une rente constituée à prix d'argent, et qu'il est juste que celui qui l'a constituée puisse la racheter pour la somme qu'il a reçue.

ARTICLE IV.

De la garantie qui résulte de la clause de fournir et faire valoir après simple commandement.

572. Cette garantie diffère de la précédente, en ce que le cessionnaire ne s'oblige à d'autres poursuites et diligences contre le débiteur, qu'à un simple commandement.

D'où il suit, 1° qu'il n'est point obligé de discuter les biens du débiteur, et qu'il suffit qu'il l'ait mis en demeure de payer par un simple commandement, pour qu'il puisse agir en recours contre le cédant, et le faire condamner à payer à la place du débiteur.

De là il suit, 2° qu'il n'est point obligé de s'opposer aux décrets des biens du débiteur; car en stipulant la garantie après simple commandement, il s'est déchargé de toute autre diligence.

573. Si le vendeur d'une rente, après s'être obligé à la fournir et faire valoir, a ajouté, *et à payer soi-même à défaut du débiteur*, cette clause équipolle-t-elle à la clause de fournir et faire valoir après simple commandement, qui dispense l'acheteur de la discussion? ou n'ajoute-t-elle rien à la clause de fournir et faire valoir? Il paroît, par ce que rapporte Loyseau, que la question a été fort controversée, et qu'il a été décidé par un arrêt en robes rouges, que cette clause n'étoit que l'explication de la clause de fournir et faire valoir, et qu'elle n'excluoit point la discussion.

ARTICLE V.

Des obligations qui naissent de la bonne foi dans le contrat de vente d'une rente ou autre créance.

574. La bonne foi oblige le vendeur dans ce contrat, de même que dans le contrat de vente des choses corporelles, à ne rien dissimuler de tout ce qu'il sait, et de ce que l'acheteur a intérêt de savoir concernant la créance qu'il vend.

C'est pourquoi s'il étoit justifié que le vendeur d'une créance, lors du contrat, avoit connoissance que le débiteur étoit entièrement insolvable; *putà*, si ce débiteur avoit été discuté dans tous ses biens meubles et immeubles, et que le créancier eût fait opposition et n'eût rien touché; ce créancier, qui depuis vendroit sa créance, en dissimulant cette insolvabilité qu'il ne pouvoit ignorer, à l'acheteur qui n'en auroit pas eu connoissance, pécheroit contre la bonne foi qui doit régner dans le contrat de vente, et seroit obligé envers l'acheteur à reprendre la créance, et à lui restituer le prix, quoiqu'il n'y eût pas de clause dans le contrat par laquelle il se fût obligé à la garantie de fait.

Il y a plus: de même que dans la vente des choses corporelles, la clause expresse par laquelle le vendeur a déclaré qu'il ne seroit pas garant d'un tel défaut, ne le décharge pas, s'il est justifié qu'il avoit une parfaite connoissance de ce défaut; de même dans les ventes de créance, la clause expresse que le vendeur ne garantit point la solvabilité présente du débiteur, ne le décharge point, lorsqu'il est justifié de la connoissance qu'il avoit de l'entière solvabilité du débiteur.

ARTICLE VI.

Si l'on peut acheter la créance d'une certaine somme pour un moindre prix, ou une rente pour un prix moindre que son principal.

§. I. Si l'on peut acheter une créance pour un moindre prix que la somme due.

575. Il n'est pas douteux que dans le for extérieur on peut acheter la créance d'une certaine somme d'argent pour un moindre prix que n'est cette somme, lorsque la vente n'est pas faite avec la clause de fournir et faire valoir cette créance, et que le vendeur ne garantit pas la solvabilité du débiteur.

Cela est même permis dans le for extérieur, pourvu que lors du contrat la solvabilité du débiteur fût douteuse.

C'est pourquoi, si j'ai acheté de vous pour une somme de 600 livres une créance de 1,000 livres; quoique je sois venu à bout de me faire payer de la somme entière, je ne serai pas obligé en conscience de vous restituer 400 livres que j'ai reçues de plus que je ne vous ai donné pour le prix de cette créance, pourvu qu'au temps du contrat la solvabilité du débiteur fût douteuse; car ce que j'ai reçu de plus est le prix du risque que j'ai couru de ne tirer rien de ce débiteur, ou beaucoup moins que le prix que j'avois donné.

L'auteur de la Morale de Grenoble, *t.* 1, *tr.* 3, *chap.* 2, *n.* 7, est d'avis contraire. Il prétend que celui qui a acheté une dette, quelque douteuse qu'elle fût, pour un moindre prix que la somme due, est obligé, s'il est payé du total, de rendre au vendeur ce qu'il a reçu de plus qu'il ne lui a donné pour le prix de cette dette, et que le risque que cet acheteur a couru de l'insolvabilité du débiteur ne peut être une raison suffisante pour qu'il puisse recevoir plus qu'il n'a donné. Cette opinion ne me paroît pas fondée. Il est vrai que je ne puis faire payer à mon propre débiteur, avec qui je contracte, le risque que je cours de son insolvabilité, ni exiger de lui, pour raison de ce risque, quelque chose de plus que ce que je lui ai prêté. La raison est, que sa pauvreté, qui me fait courir ce risque, est une raison pour lui subvenir et pour le soulager, et non pour le charger et l'opprimer. Mais il n'y a rien de contraire à la justice, que je fasse payer à celui qui me vend la créance qu'il a contre un débiteur dont la solvabilité est douteuse, le risque dont je me charge à sa place de la solvabilité de ce débiteur qui est un tiers, en achetant de lui cette créance pour un moindre prix que la somme due : ce risque est aussi appréciable que le risque de la perte d'un vaisseau que les assureurs, dans le contrat d'assurance maritime, font payer à ceux qui ont intérêt sur le vaisseau.

Au reste, je conviens que pour que je puisse licitement, dans le for de la conscience, faire payer à celui qui me vend

une créance, le risque de la solvabilité du débiteur dont je me charge à sa place, et pour que je puisse en conséquence acheter cette créance pour un prix moindre que la somme due, il faut qu'il y ait eu un véritable risque, et que lors du contrat, la solvabilité de ce débiteur fût effectivement douteuse. Mais si lors du contrat la solvabilité du débiteur m'est connue, ou s'il est facile de la connoître en s'en informant, en ce cas il n'est pas permis d'acheter la créance pour un moindre prix que n'est la somme due; car la créance d'une somme dont le débiteur est notoirement solvable, vaut toute la somme: c'est donc acheter la chose au-dessous de sa valeur, que de l'acheter moins que la somme due, ce qui n'est pas permis dans le for intérieur, comme nous l'avons vu *suprà;* c'est profiter du besoin d'argent qu'a le vendeur, pour s'enrichir à ses dépens, ce que l'équité ne permet pas: c'est pourquoi il n'est pas douteux en ce cas que l'acheteur est obligé à restitution envers le vendeur.

576. Dans un besoin pressant d'argent, vous m'avez vendu pour 500 liv. une très bonne créance de 1,000 liv., payable dans trois mois. Je connoissois le débiteur pour être un négociant très opulent, qui devoit très peu, et qui avoit en fonds de terre, en maisons, et en effets de son commerce, trente fois plus de bien qu'il ne falloit pour acquitter ses dettes. Il n'est pas douteux que cette créance de 1,000 liv. valoit 1,000 liv., et que j'ai commis envers vous une injustice criante en l'achetant pour une somme de 500 livres, moitié de sa valeur, qui m'a dès-lors obligé envers vous à la réparation de cette injustice. Mais il est arrivé peu après le contrat, et avant l'expiration du terme auquel cette créance étoit payable, que par des accidents qu'on ne pouvoit pas prévoir, ce débiteur qui étoit, lors du contrat, si opulent, est devenu insolvable. Il est survenu une inondation qui a ensablé toutes ses terres, le feu du ciel est tombé la nuit sur les maisons qu'il avoit en ville, et les a brûlées, avec pour plus de cent mille écus de marchandises de prix qui y étoient renfermées, de ma-

nière que de la créance de 1,000 livres que j'ai achetée 500 livres, il n'y a pas lieu d'espérer d'en tirer plus de trois ou quatre cents livres. On demande si dans ce cas je cesse d'être obligé envers vous à restitution. La raison de douter est que, par cet événement, le marché que j'ai fait avec vous ne vous a fait aucun tort; il vous a même été avantageux, puisque si vous ne m'aviez pas vendu votre créance, vous en retireriez moins que le prix que je vous en ai donné. La raison de décider au contraire que nonobstant ces événements, mon obligation de restituer continue, est que par le marché que nous avons fait ensemble, et dans le temps de ce marché, vous avez souffert un tort réel et véritable, et une diminution dans votre patrimoine, en aliénant pour une somme de 500 livres un effet qui valoit alors 1,000 livres. J'ai dès-lors contracté envers vous l'obligation de réparer ce tort; et ayant dès-lors contracté cette obligation, je ne puis en être libéré que par le paiement, ou par les autres manières dont s'éteignent les obligations : les événements imprévus qui sont survenus depuis le contrat ne peuvent m'en libérer. Si cette créance, qui étoit bonne lorsque je l'ai acquise, est depuis devenue mauvaise, c'est une perte qui doit tomber sur moi, et non sur vous, puisque ayant acquis cet effet, en étant devenu le propriétaire, il est à mes risques.

Il reste à savoir en quoi doit consister, dans cette espèce, la restitution à laquelle je suis obligé envers vous. Il semble d'abord que je sois obligé à vous restituer une somme de 500 livres, qui est ce qui manque au juste prix de cette créance, au-dessous duquel il n'étoit pas permis de l'acheter. On pourroit néanmoins soutenir qu'il devroit suffire en ce cas que je vous restituasse la moitié de cette créance en nature, pour, par vous, retirer la moitié de ce qu'on en pourra retirer. En voici la raison. En faisant le marché inique que j'ai fait avec vous, j'ai contracté l'obligation de réparer l'injustice que j'ai commise, et le tort que je vous ai fait par ce marché. Cette réparation pouvoit dès-lors se faire de deux manières; ou en vous payant 500 livres pour

le supplément du juste prix de la créance que vous m'avez vendue, que je ne pouvois licitement acheter tout entière pour moins que la somme de 1,000 liv., qui étoit sa juste valeur; ou en vous rétrocédant la moitié de cette créance en nature, que je n'ai pu acheter licitement que pour la moitié au prix de 500 livres, ce prix n'étant que le prix de la moitié. Il est évident que je pouvois, aussitôt après le contrat, réparer mon injustice de cette seconde manière, aussi bien que de la première. L'obligation de réparer mon injustice que j'ai contractée en faisant le marché injuste que j'ai fait avec vous, consiste donc dans l'alternative de deux choses, ou de vous payer une somme de 500 livres, ou de vous rétrocéder en nature la moitié de la créance que vous m'avez vendue. Or c'est un principe, en fait d'obligations alternatives, qu'il est au choix du débiteur de payer l'une des deux choses qu'il voudra, quoique, depuis l'obligation contractée, l'une desdites choses ait été considérablement détériorée, pourvu que ce ne soit pas par le fait ou la faute du débiteur : il doit donc en ce cas m'être permis de m'acquitter de mon obligation envers vous, en vous rendant en nature la moitié de votre créance, quoiqu'elle soit devenue mauvaise.

Cela doit néanmoins souffrir une limitation qui dépend de deux principes. Le premier est que, lorsque la perte ou la détérioration est survenue depuis la demeure du débiteur, le débiteur en doit dédommager le créancier dans le cas auquel le créancier ne l'eût pas soufferte, si le débiteur n'eût pas été en demeure, *si res non fuisset æquè apud creditorem peritura*. Le second, c'est que dans le for de la conscience, celui qui est obligé à la réparation d'un tort qu'il a fait à quelqu'un, est toujours réputé en demeure. Suivant ces principes, il ne doit m'être permis de m'acquitter envers vous, en vous rétrocédant en nature la moitié de la créance que j'ai achetée de vous, que dans le cas auquel vous n'auriez pas eu occasion de vous en défaire à de meilleures conditions; autrement je dois vous faire raison de ce

que vous en auriez pu avoir d'un autre avant le dérangement de la fortune du débiteur, et je dois sur cela m'en rapporter à votre déclaration.

577. La distinction que nous avons faite du cas auquel la solvabilité du débiteur est connue parfaitement à l'acheteur de la dette, et du cas auquel elle est douteuse, n'est pas admise dans le for extérieur : elle y seroit sujette à trop de discussions et d'inconvénients ; et il suffit, dans le for extérieur, qu'une créance soit vendue sans la clause de garantie de la solvabilité du débiteur, pour qu'elle puisse être licitement achetée pour un prix moindre que la somme due.

578. Lorsque le vendeur d'une créance la garantit bien payable, elle ne peut en ce cas, dans le for intérieur ni dans le for extérieur, être licitement achetée pour un prix moindre que la somme due. Un tel achat ne doit pas être plus licite qu'un prêt usuraire; car lorsque je vous vends pour 900 livres une créance de 1,000 livres, que je m'engage d'acquitter moi-même, si le débiteur ne la paie pas, il est évident que c'est la même chose que si vous me prêtiez 900 livres, à la charge de m'en rendre 1,000 au bout d'un certain temps.

Néanmoins, si la créance vendue étoit payable dans un autre lieu que celui où le contrat s'est passé, et où le prix a été compté, et que lors du contrat les lettres de change sur le lieu perdissent quelque chose, suivant le cours de la place, l'achat de la créance pour quelque chose de moins que la somme due pourroit être licite, pourvu que ce moins n'excédât pas ce que lesdites lettres de change perdroient vis-à-vis de l'argent au cours de la place.

§. II. Si l'on peut acheter licitement une rente pour un moindre prix que son principal.

579. Il n'est pas douteux, dans le for extérieur, que lorsqu'une rente est vendue sans la clause de la fournir et faire valoir, elle peut être achetée pour une somme moin-

dre que son principal, quoiqu'elle soit au fur du denier vingt, qui est le fur le plus cher auquel on puisse constituer les rentes.

Il ne faudroit pas toujours décider de même dans le for de la conscience; car une rente due au fur du denier vingt par un bon débiteur, et accompagnée de bonnes hypothèques, étant une rente qui est certainement de la valeur de son principal, c'est pécher contre la bonne foi, qui ne permet pas d'acheter les choses au-dessous de leur véritable valeur, que de l'acheter pour une somme moindre que son principal.

580. Lorsque le vendeur, en vendant une rente créée au fur du denier vingt, promet de la fournir et faire valoir bien payable à toujours, la rente ne peut être achetée licitement, même dans le for extérieur, pour une somme moindre que son principal. Par exemple, lorsqu'une rente de 50 livres, au principal de 1,000 livres, est vendue avec la clause de fournir et faire valoir, elle ne peut pas être licitement achetée pour 800 livres. La raison est, que par la clause de fournir et faire valoir, le vendeur de la rente s'en constitue lui-même le débiteur, conjointement avec le débiteur de la rente par lui vendue. C'est donc une constitution de rente de 50 livres qu'il fait sur lui pour une somme de 800 livres qu'il reçoit: or cette constitution de rente excède le taux de la loi: elle est par conséquent usuraire, ainsi que le contrat de vente qui la renferme.

De là il suit que le vendeur qui, en vendant une rente due au denier vingt pour une somme moindre que son principal, a promis de la fournir et faire valoir, a droit de demander à reprendre sa rente, en rendant à l'acheteur la somme que cet acheteur lui a payée, et qu'il peut même imputer sur le principal tous les arrérages que l'acheteur en a reçus.

581. Lorsque la rente est à un fur plus bas que celui de l'ordonnance, *putà*, au fur du denier quarante, du denier trente, du denier vingt-cinq, etc.; quoiqu'elle soit vendue avec la clause de fournir et faire valoir, elle peut être

achetée pour un prix moindre que son principal, pourvu néanmoins qu'il ne soit pas au-dessous de la somme qui feroit le principal d'une pareille rente qui auroit été créée au denier vingt. Par exemple, si l'on vend une rente de quarante livres, au principal de mille livres, qui est le fur du denier vingt-cinq; quoiqu'elle soit vendue avec la clause de fournir et faire valoir, elle peut être achetée pour une somme moindre que son principal de mille livres; *putà*, pour le prix de neuf cents livres. Mais elle ne pourroit pas être licitement achetée pour un prix au-dessous de huit cents livres, qui est la somme à laquelle se monte le principal d'une rente de quarante livres, lorsqu'elle est créée au fur de l'ordonnance.

582. Observez que lorsque quelqu'un a vendu une rente dont le fur est bas, pour une somme moindre que son principal, avec la clause de la fournir et faire valoir, il lui doit être permis de la racheter et de la reprendre quand bon lui semblera, en rendant à l'acheteur la somme qu'il a reçue de lui pour le prix de cette rente, si mieux n'aime l'acheteur garder la rente en le déchargeant de la garantie qui résulte de la clause de fournir et faire valoir. La raison est, que la rente dont le vendeur se constitue débiteur envers l'acheteur par la clause de fournir et faire valoir, est une rente constituée pour le prix de la somme d'argent qu'il reçoit, et qu'il est de la nature de toutes les rentes constituées pour le prix d'une somme d'argent, que le débiteur puisse s'en libérer en rendant la somme qu'il a reçue pour le prix.

Suivant ce principe, quand même la rente que j'ai vendue avec la clause de fournir et faire valoir seroit une rente foncière non rachetable, il doit toujours m'être permis de la racheter et de la reprendre, en rendant à l'acheteur la somme que j'ai reçue de lui pour le prix, si mieux il n'aime me décharger de l'obligation qui résulte de la clause de fournir et faire valoir; car quoique cette rente, vis-à-vis du débiteur principal, soit une rente foncière et non rachetable, elle est vis-à-vis de moi, qui m'en suis constitué

débiteur avec le débiteur principal, une rente constituée à prix d'argent, dont je puis par conséquent me libérer, en rendant la somme que j'ai reçue pour le prix.

583. Lorsqu'une rente à un fur bas a été vendue avec la clause de la fournir et faire valoir pour une somme moindre que son principal, et que depuis l'acheteur, par le rachat que le débiteur en a fait, a reçu le principal entier de cette rente, l'acheteur est-il obligé de faire raison au vendeur de ce qu'il a reçu de plus que le prix qu'il a payé au vendeur? Je pense qu'il faut distinguer si le prix pour lequel la rente a été vendue avec la clause de la fournir et faire valoir, n'excède pas le principal d'une pareille rente qui auroit été créée au fur de l'ordonnance. Par exemple, si une rente de 100 livres au denier cinquante, au principal de 5,000 livres, n'a été achetée que 2,000 livres, qui est le principal d'une rente de 100 livres au denier vingt, je pense qu'en ce cas l'acheteur à qui cette rente a été remboursée par le débiteur, doit rendre au vendeur ce qu'il a reçu de plus que le prix qu'il a payé pour le prix de cette rente. Mais je pense qu'il en doit être autrement, si la rente a été vendue pour un prix qui est à la vérité au-dessous de son principal, mais qui est néanmoins de beaucoup plus fort que n'est celui d'une pareille rente qui auroit été créée au fur de l'ordonnance. Par exemple, si quelqu'un a acheté pour 3,500 liv. une rente de 100 liv. au principal de 5,000 liv., je pense que si, contre toute attente, il a reçu le remboursement de ce principal de 5,000 liv, il n'est pas obligé de rendre au vendeur les 1,500 liv. qu'il a reçues de plus que les 3,500 liv. qu'il a données pour le prix de cette rente. La raison est, que l'avantage que l'acheteur retire de ce remboursement, qui dépendoit d'un évènement très incertain, a été suffisamment payé par le désavantage que l'acheteur souffroit en n'acquérant qu'une rente de 100 liv. pour une somme de 3,500 liv., qui, au taux de l'ordonnance, auroit pu produire une rente de 175 liv.

Mais, dans le premier cas, l'acheteur n'ayant donné,

pour acquérir une rente de 100 liv., que le vendeur s'est obligé de fournir et faire valoir, qu'une somme de 2,000 l., qui est le plus bas prix pour lequel on puisse acquérir une rente de 100 liv.; l'avantage qu'il retireroit par le remboursement de la rente, en recevant 3,000 liv. de plus que le prix qu'il a payé pour cette rente, est un avantage qu'il n'a point payé au vendeur, et dont par conséquent il doit lui faire raison.

ARTICLE VII.

De la vente des créances litigieuses, et autres droits litigieux.

§. I. De la nature de ce contrat, et des obligations de ce contrat.

584. On appelle *créances litigieuses*, celles qui sont contestées, ou peuvent l'être en total ou pour partie, par celui qu'on en prétend le débiteur, soit que le procès soit déja commencé, soit qu'il ne le soit pas encore, mais qu'il y ait lieu de l'appréhender.

Lorsqu'une créance de cette nature est vendue à quelqu'un pour un certain prix, pour que l'acheteur la fasse valoir à ses risques et à ses frais, et sans qu'on la lui garantisse, c'est ce qu'on appelle une vente *de droits litigieux*, ou *de créance litigieuse*.

Par cette vente, ce n'est pas tant la créance elle-même qu'on vend, que l'événement incertain du procès entrepris ou à entreprendre par rapport à cette prétendue créance : *Venditur dubius litis eventus*. C'est pour cela que les acheteurs de droits litigieux sont appelés *litium redemptores*.

585. De là naît cette différence entre ces ventes et les ventes ordinaires de créances. Dans celles-ci, le vendeur est tenu de garantir que la créance qu'il vend existe et lui appartient; que la chose ou la somme lui est effectivement due; *debet præstare emptori debitum subesse*. Dans celles-là, le vendeur ne garantit point que la créance existe; il vend ses prétentions telles qu'elles sont, bien ou mal fondées. *Non tenetur præstare emptori debitum subesse, tenetur tantùm præstare bonam fidem.*

586. Cette bonne foi l'oblige non seulement à remettre à l'acheteur tous les titres et papiers qu'il a, concernant la créance qu'il lui vend, mais à lui donner toutes les instructions qu'il peut lui donner concernant cette créance.

La bonne foi l'oblige aussi à ne lui rien dissimuler de tout ce qu'il peut savoir au désavantage de la prétendue créance, et qui pourroit détourner l'acheteur de l'acheter, ou de l'acheter pour un aussi grand prix.

587. La bonne foi que le vendeur doit apporter à ce contrat n'exige pas qu'il soit certain et pleinement persuadé que son droit qu'il vend est bien fondé; car il ne le vend que comme douteux et incertain. Il suffit donc qu'il soit incertain sur la justice ou l'injustice de sa prétention, pour qu'il puisse licitement la vendre: mais s'il savoit que son droit est mal fondé, il ne pourroit pas le vendre sans blesser la bonne foi.

588. Il n'est pas douteux que le dol que commet le vendeur en vendant sa prétention qu'il sait être mal fondée, l'oblige dans le for de la conscience envers l'acheteur, à la restitution du prix qu'il a reçu; car une prétention mal fondée, connue pour telle, est de nulle valeur : le vendeur n'a donc pu, sans injustice, rien stipuler ni recevoir pour le prix d'une telle prétention.

Ce dol du vendeur l'oblige-t-il en outre, dans le for de la conscience, à restituer à l'acheteur tout ce qu'il lui en a coûté pour soutenir le procès dans lequel il a succombé? Je pense que si le vendeur a simplement exposé à l'acheteur quelle étoit sa prétention, sans lui rien cacher de ce qui la concernoit, et sans employer aucun artifice ni aucun discours pour lui persuader qu'elle étoit bonne; quoiqu'il ait commis un dol en lui vendant une prétention qu'il savoit mauvaise, néanmoins il n'est pas obligé à le dédommager de ce que lui a coûté le procès. La raison est, que, par la nature du contrat de vente d'une prétention qui est vendue comme douteuse, il est laissé à l'examen de l'acheteur s'il soutiendra le procès ou non. C'est sur son propre examen que l'acheteur s'est déter-

miné à le soutenir; c'est donc lui-même qui s'est causé le dommage qu'il a souffert de ce procès, lorsqu'il y a succombé; c'est à lui-même qu'il doit s'en prendre, et il n'a par conséquent aucun droit d'en être dédommagé par le vendeur.

Mais si le vendeur, en vendant sa prétention qu'il savoit mauvaise, avoit, par ses discours, persuadé à l'acheteur qu'elle étoit soutenable, ce dol l'obligeroit à la réparation du tort qu'il auroit causé à l'acheteur qui auroit suivi son conseil, et par conséquent à l'indemniser de ce qu'il lui en auroit coûté pour soutenir le procès. Cette décision est fondée sur la loi 47, ff. *de Reg. jur. Consilii non fraudulenti nulla obligatio est; cœterùm si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit.*

Si le vendeur, touché de repentir, avoit depuis déclaré à l'acheteur qu'il se dédit de tout ce qu'il lui a dit pour lui persuader que la prétention qu'il lui a vendue est bonne, et qu'il lui offre la restitution du prix pour lequel il la lui a vendue, même de tout ce qu'il lui en a pu coûter, au cas que le procès fût déja commencé, et que l'acheteur s'obstinât à suivre le procès, le vendeur ne seroit pas tenu d'indemniser l'acheteur de ce qu'il pourroit lui en coûter par la suite.

589. Nous observerons, par forme de digression, que le vendeur qui vend à un tiers une prétention qu'il a contre moi, et qu'il sait être mal fondée, contracte aussi *ex delicto*, dans le for de la conscience, une obligation envers moi, par laquelle il est tenu solidairement avec son cessionnaire à la réparation de tout le dommage que j'ai souffert du procès injuste que m'a fait ce cessionnaire, et qu'il m'a suscité en lui faisant cette cession. Il en est tenu, soit que le procès soit demeuré indécis, soit que je l'aie gagné, et que par l'insolvabilité du cessionnaire je n'aie pu être payé des dépens auxquels il a été condamné envers moi; soit que, par l'injustice du juge, j'aie perdu mon procès.

590. Nous avons vu quelles étoient les obligations du

vendeur : celles de l'acheteur sont, 1° de payer le prix convenu, de même que dans les autres contrats de vente.

Si la créance vendue n'est pas une créance de nature à produire des intérêts, l'acheteur ne doit les intérêts du prix que du jour de la demande du vendeur. Si elle est de nature à en produire, il les doit du jour que, suivant la loi de la cession, ceux de la créance vendue ont dû courir à son profit.

2° L'acheteur est obligé, au moins dans le for de la conscience, à ne rien dissimuler de tout ce qu'il sait à l'avantage de la créance qu'on lui cède, qui auroit pu porter le vendeur à la vendre plus cher.

§. II. De l'effet de la cession des droits litigieux contre le débiteur.

591. Les lois, pour mettre un frein à la cupidité des acheteurs de droits litigieux, et pour arrêter les procès, ont ordonné que les acheteurs de droits litigieux ne pussent exiger du débiteur plus que ce qu'ils ont donné pour le prix de la cession, avec les intérêts, et que le débiteur fût quitte du reste.

C'est ce qui a été établi par l'empereur Anastase, en la loi *per diversas*, 21, *cod. mand.*, et confirmé par Justinien, en la loi *ab Anastasio*, *fin. d. tit.*

L'équité de ces lois, qui est évidente, les a fait adopter même dans la partie du royaume qui n'est pas soumise au droit romain. C'est ce qu'atteste Mornac sur lesdites lois : il cite un arrêt de 1586, prononcé en robes rouges, qui a fixé la jurisprudence à cet égard.

592. Anastase n'a porté cette loi que contre les cessions de droits litigieux qui sont faites à titre de vente. Il déclare expressément qu'il n'entend donner aucune atteinte à celles qui sont faites à titre de donation. C'est pourquoi le donataire d'une créance, quoique litigieuse, peut exiger du débiteur tout ce que son cédant en auroit pu exiger.

Mais il faut pour cela que la donation soit sincère et véritable.

Quid, si l'acte de cession de la créance litigieuse portoit

que le créancier a vendu à un tel sa créance jusqu'à la concurrence d'une certaine somme pour ladite somme, et qu'il lui en fait donation pour le surplus? Justinien, en la loi *ab Anastasio*, veut qu'en ce cas la donation soit présumée simulée et faite en fraude de la loi, et qu'en conséquence, sans y avoir égard, le cessionnaire ne puisse exiger du débiteur plus que la somme qu'il a donnée pour le prix de la cession. Cela est très juste; autrement on éluderoit toujours la loi, et la clause de donation du surplus seroit de pur style. Justinien veut que cela ait lieu, soit que cette prétendue donation du surplus soit faite à l'acheteur, soit qu'elle soit faite à une personne par lui supposée; *d. l.*

593. Si l'acte de cession paroissoit contenir une donation pour le total de la créance litigieuse, et qu'il fût justifié d'ailleurs que le cédant auroit reçu secrètement quelque chose du cessionnaire pour le prix de la cession, la donation seroit pareillement en ce cas déclarée faite en fraude de la loi, et le cessionnaire seroit en conséquence réduit à ne pouvoir exiger du débiteur rien au-delà de ce qu'il a payé au cédant; *d. l.*

594. L'empereur Anastase avoit encore excepté, en certains cas, de la peine portée par sa loi, les cessions de droits litigieux, quoiqu'elles ne fussent pas faites à titre gratuit; savoir, 1° celles qui sont faites à un cohéritier ou copropriétaire par ses cohéritiers ou copropriétaires, d'un droit litigieux qui est commun entre eux; 2° lorsqu'un créancier reçoit de son débiteur, en paiement de ce qui lui est dû, quelque droit de créance litigieuse, ou autre droit litigieux que son débiteur a contre un tiers; 3° lorsqu'un légataire reçoit de l'héritier, en paiement de son legs, quelque droit litigieux de la succession; 4° lorsque le possesseur d'un héritage se fait céder quelque droit litigieux dans cet héritage, qui lui est nécessaire pour s'en assurer une libre jouissance. Justinien, par une constitution grecque, qui n'est pas dans les éditions du Corps de Droit, mais qui se trouve dans les Basiliques, et que Cujas a rapportée au

liv. 16 *de ses Observ., art.* 16, abroge en ce point la constitution d'Anastase, et ordonne qu'en quelque cas que ce soit, si ce n'est que la cession fût à titre entièrement gratuit, le cessionnaire des droits litigieux ne pourra rien prétendre du débiteur au-delà de ce qu'il a donné pour le prix de la cession.

Cette constitution de Justinien n'est pas équitable, et ne doit pas être suivie. La loi d'Anastase, qui réduit les cessionnaires de droits litigieux à ne pouvoir rien exiger au-delà de ce qu'ils ont payé pour le prix de la cession, n'est fondée que sur la haine que méritent les acheteurs de procès, qui ne paroissent pas avoir eu d'autre motif que l'amour des procès pour acquérir les droits litigieux qu'ils se sont fait céder : donc il ne doit pas y avoir lieu à la peine portée par cette loi, toutes les fois que la cession des droits litigieux s'est faite pour une juste cause.

Lorsqu'un héritier ou autre, qui a déja de son chef une part dans une créance litigieuse ou autre droit litigieux, acquiert à prix d'argent les parts de ses cohéritiers ou copropriétaires, il est évident que cette cession se fait par une juste cause, qui est celle de sortir de communauté. Le cessionnaire ne peut donc passer, dans ce cas, pour un acheteur de procès, et il doit être admis à faire valoir dans toute leur étendue les droits qui ont fait l'objet de la cession. Mornac, au lieu ci-dessus cité, dit que c'étoit l'avis des plus habiles avocats de son temps.

Lorsqu'un créancier, en paiement de ce qui lui est dû, se fait céder une créance litigieuse que son débiteur avoit contre un tiers, on peut distinguer deux cas. Si ce créancier pouvoit facilement se faire payer de ce qui lui étoit dû autrement que par cette cession, je pense qu'il pourroit être sujet à la peine de la loi, et regardé comme acheteur de procès. Mais s'il paroît qu'il ne pouvoit guère se faire payer autrement, et qu'il a été obligé de prendre en paiement cette créance litigieuse que son débiteur lui offroit, la cession, en ce cas, a une juste cause, qui empêche de pouvoir regarder le cessionnaire comme un

acheteur de procès : c'est pourquoi il doit en ce cas être admis à faire valoir dans toute son étendue la créance litigieuse qui lui a été cédée.

Lorsque le possesseur d'un héritage, poursuivi par un prétendu créancier hypothécaire du vendeur de l'héritage, achéte cette créance pour un prix au-dessous de la somme qui en fait l'objet, il faut aussi distinguer si ce possesseur avoit un bon garant, et qu'au lieu de l'assigner pour qu'il le défendît contre ce prétendu créancier, il achéte à bas prix la créance, pour faire ensuite un procès à son vendeur : je pense qu'il est dans le cas de la loi, et qu'il ne peut rien exiger au-delà du prix qu'il a payé pour cette créance. Mais si ce possesseur avoit un mauvais garant qui n'eût pu le défendre, et qu'il eût acheté cette créance pour se conserver la possession de cet héritage, je pense que la cession ayant en ce cas une juste cause, il pourroit, s'il étoit poursuivi par des créanciers postérieurs, la faire valoir contre eux dans toute son étendue.

595. On peut encore concevoir d'autres cas auxquels la cession de droits litigieux doit paroître avoir été faite pour une juste cause, et n'être pas sujette à la disposition de ces lois.

En voici un qui est rapporté par Brunneman, *ad h. l.*; savoir, lorsque cette cession est faite à quelqu'un à cause de la vente qui lui a été faite de quelque autre chose, *in consequentiam alterius rei venditæ.* Par exemple, vous m'avez vendu une terre, avec toutes les créances que vous aviez contre les fermiers des différentes métairies qui en dépendent : quoique parmi ces créances il y en eût une litigieuse qui m'a été vendue en même temps que la terre, mais pour un prix séparé, et beaucoup inférieur à la somme qui fait l'objet de cette créance litigieuse, cette cession ne doit pas être sujette à la disposition de la loi *per diversas*; car on ne peut en ce cas me soupçonner d'avoir recherché l'acquisition d'un procès. Si j'ai acquis cette créance litigieuse, c'est par une suite de l'acquisition de la terre, et parceque le vendeur, en me vendant sa terre, n'a rien

voulu réserver de tout ce qui pourroit lui être dû par ses fermiers.

Il faudroit décider autrement, si la terre m'ayant été vendue sans cette créance litigieuse, après un certain intervalle de temps, j'achetois cette créance, parcequ'en ce cas rien ne m'obligeoit de l'acheter.

596. Un autre cas, suivant Brunneman, qui cite les docteurs *ad has leges*, c'est lorsque le droit qui a été vendu comme litigieux a été vendu en justice, *si nomen sub hastâ venditum. Putà*, si une rente pour laquelle j'avois procès avec mon débiteur, qui la soutenoit prescrite, et que je soutenois au contraire ne l'être pas, a été licitée entre mes héritiers et adjugée à un étranger, à la charge que l'adjudicataire se chargera de l'événement du procès : quoique cette adjudication renferme une vente d'un droit litigieux faite à un étranger, néanmoins elle ne sera pas sujette à la disposition de la loi *per diversas*, parceque l'adjudicataire ne peut en ce cas être regardé comme un odieux acheteur de procès, qui a recherché l'acquisition d'un droit litigieux, ayant été, par l'affiche et les proclamations, invité en quelque façon par la justice à l'acquérir.

597. Hors ce cas, il y a lieu à la disposition de la loi, sans qu'on doive avoir égard à la qualité ou dignité de la personne de l'acheteur pour l'en exempter, comme l'avoit pensé J. Faber, dont Mornac, avec raison, rejette l'opinion.

Il n'importe pas non plus que la cession des droits litigieux ait été faite pour de l'argent ou pour quelque autre chose. Le cessionnaire n'est pas reçu à exiger plus que la valeur des choses qu'il a données pour cette cession ; Brunneman, *ad d. ll.*

Il n'importe pas non plus que les droits litigieux soient poursuivis contre le débiteur sous le nom du cessionnaire ou sous le nom du cédant. Le débiteur, en ce dernier cas, en justifiant, par le rapport de la cession, que le cédant ne fait que prêter son nom à son cessionnaire, doit être reçu

à demander à être renvoyé de la demande, en offrant par lui de payer le prix de la cession.

Même dans le cas où il ne pourroit rapporter la cession, il peut déférer à cet égard le serment au demandeur.

598. Le droit qui est accordé par ces lois au débiteur de la dette litigieuse cédée à un tiers, est une espéce de droit de retrait de la dette litigieuse, qui lui est accordé sur le cessionnaire. Le débiteur, en remboursant le cessionnaire, est admis à prendre son marché. L'achat que le cessionnaire avoit fait de la dette litigieuse est détruit en la personne de ce cessionnaire, et passe en celle du débiteur, qui est censé avoir lui-même racheté sa dette du créancier, et en avoir transigé avec lui pour la somme portée en la cession.

Ce retrait est très équitable. Le bien de la paix exige que le débiteur qui, en prenant pour lui le marché, éteint le procès auquel la dette litigieuse devoit donner lieu, soit préféré pour ce marché à un odieux acheteur de procès.

Le débiteur, pour exercer ce retrait, doit rembourser au cessionnaire la somme que le cessionnaire a payée au créancier pour le prix de la cession, et lui apporter acquit ou décharge de celle qu'il se seroit obligé de payer, et qu'il n'auroit pas encore payée : il doit aussi les intérêts des sommes payées par le cessionnaire. La loi *per diversas* s'en explique formellement : *Usque ad ipsam tantummodò solutarum pecuniarum quantitatem et* USURARUM *ejus actiones exercere permittatur*. Mais ces intérêts ne peuvent être prétendus par le cessionnaire que depuis qu'il a fait signer son transport au débiteur, qui peut dire que s'il lui en eût donné connoissance plus tôt, il l'eût remboursé plus tôt, et eût empêché les intérêts de courir.

Enfin le débiteur doit rembourser le cessionnaire des frais du transport, de la signification et de la demande; car c'est un principe commun à toutes les espéces de retrait, que le retrayant doit indemniser celui sur qui le retrait s'exerce.

Le débiteur est admis à ce retrait, et à offrir au cessionnaire le remboursement du prix de la cession, même après que la cause sur la demande du cessionnaire a été contestée. C'est l'avis de Brunneman, *ad. d. l.*

Néanmoins si le cessionnaire, après une longue instruction, et après avoir, par ses soins et par ses découvertes, levé tous les doutes sur la légitimité de la créance à lui cédée, avoit mis le procès en état d'être jugé, je ne crois pas que le débiteur, à la veille du jugement, et à la veille de succomber, dût être admis à ce retrait, et à offrir en conséquence le remboursement du prix de la cession; car la chose n'est plus entière. Les dettes dont les lois accordent le retrait au débiteur sur le cessionnaire, sont celles qui souffrent difficulté, et qui donnent lieu à un procès; mais lorsque le cessionnaire a, par l'instruction du procès, levé et éclairci toutes les difficultés qu'il y avoit sur la légitimité de la dette, elle n'est plus dans le cas de celles dont les lois accordent ce retrait. D'ailleurs les lois n'accordent le retrait au débiteur que pour empêcher le procès auquel la dette devoit donner lieu : il est contre l'esprit des lois que le débiteur qui a voulu soutenir le procès jusqu'à la fin, soit admis, à la veille du jugement, à exercer ce retrait, sur-tout si le jugement qui devoit intervenir étoit un jugement en dernier ressort, qui dût mettre entièrement fin au procès.

599. Le débiteur, en remboursant au cessionnaire le prix de la cession, ne s'acquitte pas, dans le for de la conscience, du surplus de la somme due, lorsqu'il sait devoir, ou lorsque c'est la cupidité qui lui fait illusion pour se le dissimuler. Le débiteur, par ce retrait, qui le met au lieu et place du cessionnaire, est censé avoir lui-même acheté de son créancier sa dette pour la somme portée par l'acte de cession. Mais un débiteur qui compose avec son créancier d'une dette litigieuse pour une certaine somme, n'est pas quitte, dans le for de la conscience, envers lui, du surplus, lorsqu'il sait devoir.

Le débiteur qui sait devoir la dette en entier, ne fait

pas de tort au cessionnaire en le remboursant seulement du prix de la cession; car le cessionnaire n'a acquis qu'à la charge de ce retrait que la loi accorde au débiteur. Le débiteur a un grand intérêt de l'exercer; car s'il avoit payé la dette en entier au cessionnaire, il ne laisseroit pas de demeurer, dans le for de la conscience, obligé envers le créancier à la réparation du tort qu'il lui a causé, en l'obligeant de vendre sa créance à perte, par le refus injuste qu'il lui a fait de le payer.

600. Observez aussi que ces lois sont faites en faveur du débiteur, et non en faveur du cédant, qui ne seroit pas recevable à répéter la créance qu'il a vendue, en offrant au cessionnaire le remboursement du prix qu'il a reçu; *Despeisses*, *p.* 1, *tit.* 1, §. 2.

SEPTIÈME PARTIE.

Des actes et contrats ressemblants au contrat de vente.

Les actes et contrats qui ressemblent au contrat de vente, quoiqu'ils soient néanmoins différents de ce contrat, sont la dation en paiement, la donation rémunératoire, la donation onéreuse, la donation à rente viagère, le contrat d'échange, les partages et licitations, la transaction. Nous en traiterons dans des articles séparés, et nous remarquerons leur différence avec le contrat de vente.

ARTICLE PREMIER.

De la dation en paiement.

601. La dation en paiement est un acte par lequel un débiteur donne une chose à son créancier, qui veut bien la recevoir à la place et en paiement d'une somme d'argent ou de quelque autre chose qui lui est due.

Cet acte est fort ressemblant au contrat de vente. La chose qui est donnée en paiement tient lieu de la chose vendue; et la somme en paiement de laquelle elle est donnée tient lieu du prix : c'est pourquoi la loi 4, *Cod. de evict.*, dit que, *Dare in solutum, est vendere.*

Néanmoins la dation en paiement n'est pas tout-à-fait un contrat de vente; et ce n'est pas la même chose qu'un débiteur convienne avec son créancier qu'il lui vend une certaine chose pour la somme de tant, qui viendra en compensation de celle qu'il lui doit; ou qu'il soit dit que le débiteur donne à son créancier une telle chose en paiement d'une telle somme qu'il lui doit.

602. 1° Le contrat de vente est un contrat consensuel, qui est parfait par le seul consentement des parties, avant aucune tradition. La dation en paiement ne se fait que par la tradition, et même par la translation de la propriété de la chose donnée en paiement.

603. 2° Lorsque j'ai vendu une chose pour la somme de tant, qui viendroit en compensation de pareille somme que je croyois vous devoir; si je viens à découvrir que je ne vous la devois pas, ou que je ne vous devois pas tant, je ne puis répéter la chose que je vous ai vendue, mais je puis seulement répéter de vous le prix que j'ai, par erreur, compensé avec une somme que je ne vous devois pas. L'action que j'ai contre vous est l'action *ex vendito, quæ datur ad pretium consequendum.* Au contraire, lorsque je vous ai donné une chose en paiement d'une somme que je croyois par erreur vous devoir, c'est la chose même que j'ai droit de répéter de vous; car mon action en ce cas est celle qu'on appelle *condictio indebiti per errorem soluti*, ou *condictio sine causâ*, lesquelles actions ont pour objet la répétition de la chose qui a été payée.

Pareillement, lorsque je vous ai donné une chose en paiement d'une somme de 200 livres que je croyois vous devoir, quoique je ne vous dusse que 100 livres; ce ne sont pas les 100 livres que je puis répéter, mais la chose; et je la dois répéter entière, aux offres de vous payer les 100 liv. que je vous devois; car je ne puis vous obliger à avoir en commun avec moi cette chose que vous n'eussiez pas reçue en paiement, si vous n'eussiez cru l'avoir entière : *Condictio rei integræ manet et obligatio incorrupta; ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur*; l. 26, §. 4, *condict. indeb.*

Quid, si vous vouliez retenir la chose en me rendant les 100 livres que je ne vous devois pas? Dumoulin, *de contr. us. q.* 14, *n.* 182, décide que je pourrois pareillement vous obliger à la restitution de la chose, aux offres de vous payer, parceque je ne l'eusse pas non plus donnée en paiement, si j'eusse su ne devoir que partie de la somme.

Dumoulin, *ibid.* excepte le cas auquel je l'aurois exposée en vente.

604. 3° Celui qui a vendu une chose de bonne foi, s'en croyant le propriétaire, n'est pas précisément obligé d'en transférer la propriété à l'acheteur, comme nous l'avons vu *suprà, n.* 1; et l'acheteur, tant que personne ne le trouble dans la possession de la chose, ne peut pas prétendre que le vendeur n'ait pas rempli ses obligations; l. 30, §. 1, *de act. empt.*

Au contraire, la dation en paiement n'est valable qu'autant que le débiteur transfère au créancier la propriété de la chose que le créancier a consenti de recevoir en paiement de la somme qui lui étoit due; car il n'y a pas de vrai paiement sans translation de propriété, suivant cette régle de droit: *Non videntur data quæ eo tempore quo dantur accipientis non fiunt;* l. 167, ff. *de Reg. jur.* C'est pourquoi si le créancier qui a reçu une chose en paiement de la somme d'argent qui lui étoit due, vient à découvrir que son débiteur n'en étoit pas le propriétaire, et conséquemment qu'il ne lui en a pas transféré la propriété; quoiqu'il n'ait encore souffert aucun trouble de la part du véritable propriétaire, il peut demander à son débiteur la somme qui lui est due, en offrant de lui rendre la chose qu'il avoit reçue en paiement, un tel paiement étant nul, et n'ayant pu libérer le débiteur. *Voyez notre Traité des obligations, part.* 3, *ch.* 1, *art.* 3, §. 3.

605. Nonobstant la différence que nous venons de rapporter, il faut convenir que la dation en paiement a beaucoup de ressemblance avec le contrat de vente. C'est en conséquence de cette ressemblance que le créancier, lorsqu'il est évincé d'une chose qui lui a été donnée en paiement, a une action contre le débiteur qui la lui a donnée en paiement, *ad instar* de celle qu'a un acheteur contre son vendeur, *utilem actionem ex empto;* et de même que l'acheteur, en cas d'éviction, conclut contre le vendeur à la restitution du prix, et en ses dommages et intérêts, *si quid suprà pretium ejus intersit rem habere licere,*

comme nous l'avons vu *part.* 2, *n.* 68 *et* 131, de même le créancier conclut par cette action contre son débiteur, à ce qu'il soit tenu de lui payer la somme en paiement de laquelle la chose dont il a été évincé lui avoit été donnée, le paiement de cette somme étant comme la restitution du prix de la cession; et de plus, à ce qu'il soit condamné en ses dommages et intérêts, *si quid suprà hanc summam ejus intersit rem habere licere*. C'est ce qui résulte de la loi 24, ff. *de pign. act.*, et de la loi 4, *Cod. de evict.*, qui donnent expressément dans ce cas *utilem actionem ex empto*.

Observez qu'outre cette action *utilem ex empto*, le créancier, en cas d'éviction de la chose qui lui a été donnée en paiement, a aussi l'action qui naît de sa créance, de laquelle le débiteur n'a pu être libéré par un paiement qui se trouve inefficace; l. 98, ff. *de solut.* Mais l'action *utilis ex empto* lui est souvent plus avantageuse, parcequ'elle comprend ses dommages et intérêts, *si quid suprà intersit*.

606. Ce n'est pas seulement pour le cas de l'éviction, que celui qui donne une chose en paiement à son créancier, contracte envers lui la même obligation de garantie que contracte un vendeur; il en est de même des autres cas de garantie. Il est pareillement tenu, *utili actione ex empto*, de garantir celui à qui il a donné une chose en paiement, des charges réelles qu'il ne lui auroit pas déclarées, et des vices rédhibitoires dont cette chose se trouveroit entachée, de la même manière qu'un vendeur en est tenu.

Il est aussi tenu, de même qu'un vendeur, *utili actione ex empto*, des dommages et intérêts de son créancier à qui il a donné une chose en paiement, lorsqu'elle n'a pas toute la contenance ni toutes les qualités qu'il lui a déclaré qu'elle avoit.

607. Enfin la bonne foi impose aux parties dans la dation en paiement, les mêmes obligations qu'elle impose dans le contrat de vente. Celui qui donne une chose en paiement, non seulement ne doit faire aucun mensonge pour porter le créancier à l'accepter; il ne doit même user

d'aucune réticence des défauts de cette chose, qui pourroient empêcher son créancier de l'accepter en paiement. Il ne doit pas non plus la donner en paiement pour un prix plus considérable que son juste prix, à moins que le créancier, ayant connoissance du juste prix, ne consente, par libéralité, à la prendre pour un prix plus cher qu'elle ne vaut. *Vice versâ*, le créancier, de son côté, ne doit pas prendre la chose en paiement pour un prix moindre qu'elle ne vaut. Lorsque de part ou d'autre la lésion est d'outre moitié, on accorde à la partie lésée la même action rescisoire qui a lieu dans le contrat de vente.

C'est aussi en conséquence de la ressemblance qu'a la dation en paiement avec le contrat de vente, qu'elle donne lieu au profit de vente et au retrait.

ARTICLE II.

De la donation rémunératoire.

608. Lorsqu'une donation rémunératoire est faite pour récompense de services mercenaires appréciables à prix d'argent, et pour lesquels celui qui les a rendus auroit action, afin d'en obtenir la récompense; si la valeur des choses données n'excède pas celle des services, une telle donation, quoique qualifiée du nom de donation par l'acte qui en a été passé, n'a de donation que le nom; et c'est une véritable *dation en paiement*, à l'égard de laquelle tout ce que nous avons dit au paragraphe précédent, de la dation en paiement, reçoit application.

609. Lorsque la valeur des choses données excède celle des services, la donation faite en récompense de ces services est en ce cas un acte d'une nature mixte : elle est *dation en paiement*, et tient de la vente jusqu'à concurrence de la valeur des services : elle est donation pour ce que les choses données valent de plus.

610. De là il suit que si je vous ai donné un héritage de valeur de 30,000 l. en récompense de services de valeur de 20,000 livres, l'acte étant dation en paiement, et con-

séquemment tenant de la vente pour les deux tiers, et étant vraie donation pour l'autre tiers; si vous souffrez éviction de cet héritage, comme vendeur pour les deux tiers de cet héritage, je serai tenu pour les deux tiers de l'éviction, et des dommages et intérêts qui en résultent.

Si vous n'avez souffert éviction que du tiers ou d'une moindre portion, je ne serai point tenu envers vous de cette éviction; car n'étant réputé vendeur que des deux tiers de l'héritage, tant que vous avez les deux tiers, mon obligation est remplie : vous pouvez seulement en ce cas demander que je sois tenu de reprendre les deux tiers qui vous restent de l'héritage, et de vous payer vos services, parceque vraisemblablement vous n'avez pas voulu acquérir un héritage pour partie, et que vous n'avez consenti à prendre ces deux tiers en paiement de vos services, qu'autant que vous auriez l'autre tiers à titre de donation. C'est le cas de l'action qu'on appelle en droit *condictio causâ datâ, causâ non secutâ.*

611. Il y a plus de difficulté dans le cas auquel vous souffririez éviction d'un morceau de terre qui est une des parties intégrantes de cet héritage. Quoique ce morceau de terre ne soit tout au plus que le tiers, ou soit même une portion beaucoup moindre que le tiers du total de l'héritage; *stricto jure*, je dois être tenu envers vous pour les deux tiers de cette éviction et des dommages et intérêts qui en résultent; car dans la donation rémunératoire que je vous ai faite de cet héritage, n'ayant pas distingué quelles parties intégrantes de cet héritage je donnois en paiement de vos services, et quelles autres parties je vous donnois outre le paiement de vos services, je suis censé être vendeur pour les deux tiers, et donateur pour l'autre tiers de chacune des parties intégrantes qui composent l'héritage, de même que du total de l'héritage; et par conséquent je suis, comme vendeur, tenu pour les deux tiers de l'éviction de chacune desdites parties. Il faut néanmoins avouer que l'équité semble en ce cas résister à la rigueur du principe.

612. Lorsque la donation rémunératoire est faite en récompense de services qui ne sont pas de nature à être appréciés à prix d'argent, pour lesquels celui qui les a rendus n'auroit pas d'action pour en demander la récompense, et pour lesquels celui qui les a reçus n'est obligé qu'aux devoirs de la reconnoissance, la donation faite en récompense de ces services, quelque importants qu'ils soient, est une pure donation qui ne tient rien du contrat de vente.

ARTICLE III.

Des donations onéreuses.

613. La donation onéreuse est la donation d'une chose qui est faite sous certaines charges que le donateur impose au donataire.

Si ces charges sont appréciables à prix d'argent, et qu'elles égalent la valeur de la chose donnée, une telle donation n'a de donation que le nom, et elle tient du contrat de vente. Le donateur est comme un vendeur, et il contracte envers l'autre partie les mêmes obligations qu'un vendeur contracte envers un acheteur; et le donataire, de son côté, contracte l'obligation d'acquitter les charges qui lui sont imposées. Cette donation donne, de même que le contrat de vente, ouverture au retrait et aux profits seigneuriaux.

614. Si les charges sont à la vérité appréciables à prix d'argent, mais d'une moindre valeur que la chose donnée; par exemple, si je vous ai donné un héritage de la valeur de 3,000 liv., sous des charges appréciables à 2,000 liv., l'acte sera d'une nature mixte : il tiendra de la vente pour les deux tiers et de la donation pour un tiers, et en conséquence le donateur sera tenu pour les deux tiers des obligations d'un vendeur, comme nous l'avons expliqué à l'égard de la donation rémunératoire.

615. Lorsque les charges ne sont pas appréciables à prix d'argent, l'acte est une vraie donation qui ne tient en rien du contrat de vente. Le donataire, en cas d'éviction,

n'a aucun recours contre le donateur; il est seulement quitte des charges s'il ne les a pas acquittées encore; s'il les a acquittées, il n'en peut prétendre aucune récompense.

ARTICLE IV.

Des donations à rente viagère.

616. On doit distinguer à l'égard de cet acte, si la rente viagère est une rente qui excède notablement le revenu de l'héritage, ou si elle ne l'excède pas.

Lorsqu'elle excède notablement le revenu de l'héritage, de manière qu'elle peut paroître renfermer le prix de l'héritage, l'acte n'a en ce cas que le nom de donation. C'est un contrat semblable au contrat de vente, qui produit les mêmes obligations, et qui donne pareillement lieu au retrait et aux profits seigneuriaux.

Lorsque la rente viagère est à-peu-près égale au revenu de l'héritage, la donation à rente viagère en ce cas est une vraie donation; la rente viagère paroissant être plutôt le prix de la jouissance de l'héritage, que le donateur pouvoit se réserver par la donation, que le prix de l'héritage même. C'est pourquoi le donateur, en cas d'éviction, ne peut prétendre autre chose que d'être quitte à l'avenir de la rente, ou pour le total ou pour partie, suivant que l'éviction est du total ou d'une partie; et il ne peut prétendre aucuns dommages et intérêts contre le donateur.

617. Par l'édit du mois d'août 1661, sa majesté, pour réprimer l'avidité des gens d'église et empêcher qu'ils ne dépouillassent les familles, a défendu de donner aux gens de main-morte des héritages ou rentes pour une rente viagère plus forte que n'est le revenu des choses données; même de donner de l'argent pour une rente viagère plus forte que le taux de l'ordonnance; à peine de nullité des contrats, confiscation des choses données et mille écus d'amende contre les communautés, le tout applicable pour un tiers au dénonciateur, et pour le surplus aux hôpitaux de Paris.

Les hôpitaux de Paris avoient été par l'édit exceptés de cette défense. Mais par un autre édit du mois de janvier 1690, ils y ont été assujettis. *Voyez*, sur les rentes viagères, *ce que nous dirons dans notre Traité du contrat de constitution de rente.*

ARTICLE V.

Du contrat d'échange, et des actes qui y ont rapport.

618. Le contrat d'échange est un contrat par lequel l'un des contractants s'oblige à donner une chose à l'autre, à la place immédiatement d'une autre chose, que l'autre contractant s'oblige de sa part de lui donner.

J'ai dit *immédiatement*, car si nous convenions ensemble que je vous donnerai telle chose pour un certain prix, en paiement duquel vous me donnerez de votre côté une autre chose, cette convention n'est pas un contrat d'échange, mais elle renferme une vente que j'ai faite de ma chose, et une dation de la vôtre que vous me faites en paiement du prix de la mienne.

619. Il faut aussi pour le contrat d'échange que chacun des contractants compare la valeur de la chose qu'il donne à celle de la chose qu'il reçoit, et qu'il ait intention d'acquérir à-peu-près autant qu'il donne. Mais si deux amis se donnent mutuellement l'un une chose et l'autre une autre chose, sans égard à leur valeur, c'est une donation mutuelle qu'ils se font; ce n'est pas un contrat d'échange.

620. Le contrat d'échange a de la ressemblance avec le contrat de vente. Il tenoit lieu de contrat de vente dans les premiers âges du monde, avant qu'on eût inventé l'usage de la monnoie, qui a donné naissance au contrat de vente : c'est pourquoi les Sabiniens pensoient que l'échange étoit un vrai contrat de vente; l. 1, ff. *de contrah. empt.*

L'opinion des Proculéiens, qui décident que le contrat d'échange est différent du contrat de vente, est plus véritable. La principale différence est que dans le contrat de

vente on distingue la chose et le prix; on distingue, entre les contractants, le vendeur et l'acheteur. Au contraire, dans le contrat d'échange, chacune des choses est tout à-la-fois la chose et le prix; chacun des contractants est tout à-la-fois vendeur et acheteur; *d.* l. 1, §. 1; l. 1, *de permut.*

621. Quoique le contrat d'échange soit différent du contrat de vente, néanmoins comme il produit dans chacun des contractants les mêmes obligations de garantie que le contrat de vente produit dans le vendeur, on ne peut disconvenir que le contrat d'échange ne soit un contrat ressemblant au contrat de vente, et tenant de la nature de ce contrat : *Permutationem vicem emptoris obtinere non est juris incogniti;* l. 2, *Cod. de rer. permut. Permutatio vicina est emptioni;* l. 2, ff. *de permut.*

622. Selon les principes du droit romain, l'échange n'étoit pas un contrat purement consensuel. La simple convention d'échange par laquelle deux personnes étoient convenues d'échanger une chose contre une autre, tant qu'elle n'avoit pas encore été exécutée de la part de l'une des parties, n'étoit qu'un simple pacte, *nudum pactum*, qui, selon les principes du droit romain, ne produisoit aucune obligation civile; car il n'y avoit qu'un certain nombre de conventions qui, sans avoir reçu encore aucune exécution, et sans être revêtues de la forme de la stipulation, produisissent une obligation civile; le droit civil leur avoit attribué des actions qui leur étoient propres, à cause desquelles on appeloit ces conventions *contrats nommés*. La vente étoit du nombre de ces *contrats nommés;* mais l'échange étant, selon le sentiment des Proculéiens, qui avoit prévalu, une convention différente de la vente, n'étoit qu'un simple pacte qui, n'étant pas revêtu de la forme de la stipulation, ne produisoit pas d'obligation civile. Néanmoins si, en exécution de cette convention d'échange, l'une des parties avoit donné à l'autre la chose qu'elle avoit promis de lui donner en échange, la convention, par ce commencement d'exécution, devenoit un contrat innommé, *do ut des*, d'où naissoit une action qu'on

appeloit *præscriptis verbis*, par laquelle celle des parties qui avoit exécuté de sa part la convention pouvoit contraindre l'autre à l'exécution de la sienne. C'est pourquoi, suivant le droit romain, le contrat d'échange étoit un *contrat réel;* l. 1, §. 2, ff. *de permut.;* l. 3, *Cod. dict. tit.*

Cette distinction entre les contrats et les simples pactes n'ayant aucun fondement dans la raison et l'équité naturelle, et étant une pure invention de la politique des patriciens pour rendre difficile la pratique du droit civil, et tenir par-là le peuple dans leur dépendance, a été, avec raison, rejetée dans notre droit, comme nous l'avons déja observé en notre Traité des obligations. C'est pourquoi parmi nous la convention d'échange, dès avant qu'elle ait reçu aucune exécution, et aussitôt que le consentement des parties est intervenu, produit de part et d'autre une obligation civile, et elle est un contrat consensuel, de même que le contrat de vente.

Les jurisconsultes romains ont observé une autre différence entre le contrat de vente et le contrat d'échange, qui, paroissant avoir son fondement dans la nature de ces contrats, peut être admise dans notre droit. Dans le contrat de vente, il n'y a que l'acheteur qui soit obligé précisément à transférer au vendeur la propriété de l'argent qui fait le prix de la vente : *Emptor nummos venditoris facere cogitur;* l. 11, §. 2, ff. *act. empt.* Mais le vendeur, lorsqu'il a vendu une chose qu'il croyoit de bonne foi lui appartenir, n'est pas obligé précisément à transférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue; il s'oblige seulement à le défendre lorsqu'il sera troublé : *Hactenùs tenetur ut emptori rem habere liceat, non etiam ut ejus faciat;* l. 30, §. 1, ff. *dicto titulo.*

Au contraire, comme dans le contrat d'échange chaque chose est tout à-la-fois et la chose et le prix, et chacun des contractants est vendeur et acheteur, chacun d'eux est obligé précisément à transférer à l'autre la propriété de la chose qu'il lui donne. C'est pourquoi celui des contractants qui a reçu la chose qui lui a été donnée en échange,

quoiqu'il n'ait encore souffert aucun trouble dans la possession de cette chose, n'est pas obligé, de son côté, de donner celle qu'il a promise, s'il a découvert que la propriété de celle qu'il a reçue ne lui a pas été transférée, et qu'elle n'appartient pas à celui qui la lui a donnée. Tout ce que celui-ci peut prétendre, c'est qu'on lui rende celle qu'il a donnée; l. 1, §. 4, ff. *de permut.* C'est en ce sens que *Pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem; d.* l. 1, §. 3.

623. Dans le contrat d'échange, chacun des contractants ou permutants s'oblige envers l'autre à lui livrer la chose qu'il a promis de lui donner en échange, à le garantir des évictions aussi bien que des charges réelles et des vices rédhibitoires; et s'il ne satisfait pas à son obligation, il est tenu envers lui des dommages et intérêts résultants de l'inexécution, de même que dans le contrat de vente le vendeur en est tenu envers l'acheteur.

624. Le copermutant à qui je manque de livrer la chose, ou à qui je défaux de garantie, a le choix ou de conclure contre moi à la condamnation de ses dommages et intérêts, *actione utili ex empto*, ou de répéter la chose qu'il m'a donnée en contre-échange; l. 1, *Cod. de rer. permut.*

Cette loi faisoit néanmoins à cet égard une distinction qui ne paroît fondée sur aucune raison solide; c'est pourquoi je pense que ce choix doit être accordé indistinctement à la partie évincée.

625. Tout ce qui a été dit à l'égard du contrat de vente, touchant les obligations qui naissent de la bonne foi qui doit régner dans ce contrat, et celles qui naissent des clauses sur la contenance ou la qualité des choses vendues, le lieu ou le temps de leur tradition, reçoit une entière application au contrat d'échange.

626. La chose que chacun des contractants a promis de donner en échange à l'autre, est aux risques de celui à qui on a promis de la donner, de même que la chose vendue est aux risques de l'acheteur dans le contrat de vente; et si elle vient à périr sans le fait ni la faute de celui qui l'a

promise, et avant qu'il ait été constitué en demeure de la donner, il est libéré de son obligation, sans que celui à qui elle a été promise puisse répéter celle qu'il a donnée de sa part, et sans même qu'il puisse être déchargé de l'obligation qu'il a contractée de la donner, s'il n'y a pas encore satisfait; de même que dans le contrat de vente l'acheteur ne peut pas en ce cas répéter le prix qu'il a payé, ni en éviter le paiement, s'il ne l'a pas encore payé. Les raisons sur lesquelles nous avons établi ce principe à l'égard du contrat de vente, *suprà*, *part.* IV, militent également à l'égard du contrat d'échange. Les limitations que nous y avons apportées reçoivent aussi leur application à l'égard du contrat d'échange.

627. Celui qui a donné des meubles en échange d'autre chose ne peut attaquer le contrat, quelque lésion qu'il prétende avoir soufferte dans l'estimation desdits meubles: car la régle de notre droit françois, rapportée en l'article 445 de notre coutume d'Orléans, qui rejette le bénéfice de restitution en aliénation de meubles, est une régle générale qui renferme l'échange aussi bien que la vente. Mais celui qui a donné un immeuble en échange contre des choses dont la valeur est au-dessous de la moitié du juste prix de cet immeuble, doit, de même qu'un vendeur, être admis à demander la rescision du contrat, si mieux n'aime l'autre copermutant suppléer ce qui manque au juste prix.

628. Il nous reste à observer au sujet du contrat d'échange, que lorsqu'il est d'un immeuble contre un autre immeuble, et qu'il est fait but à but, et sans aucun retour en deniers ou en autres choses mobiliaires, il n'est sujet par les coutumes ni aux profits de vente, ni au retrait. S'il y a un retour, celui des copermutants qui a acquis moyennant ce retour, doit le profit de vente pour ce retour, et jusqu'à concurrence de ce retour. (*Orléans*, 13 et 110.)

A l'égard du retrait, suivant le droit le plus commun, le retour en deniers ou autres choses mobiliaires n'y rend

le contrat d'échange sujet que lorsque le retour excède la moitié de la valeur de l'héritage pour lequel on a donné ce retour. Il y a néanmoins à cet égard une grande variété dans les coutumes. *Voyez notre Traité des retraits, qui sert d'appendice à celui-ci*, part. I, chap. 4, art. 3, §. 1.

629. Lorsque l'échange est d'un héritage contre des meubles, il donne, de même que le contrat de vente, ouverture aux profits seigneuriaux et au retrait : il est à cet égard réputé contrat équipollent à vente; autrement rien ne seroit plus facile que de déguiser tous les contrats de vente sous l'apparence de tels échanges, en fraude des seigneurs et des lignagers.

630. Il ne faut pas omettre un des principaux effets de l'échange; c'est que la chose que je reçois en échange de celle que j'ai donnée se subroge de plein droit à celle que j'ai aliénée, et elle prend à sa place les qualités extrinsèques que celle-ci avoit, et qu'elle a perdues par l'aliénation que j'en ai faite. De là cette régle, *Subrogatum capit naturam subrogati.*

Observez néanmoins qu'il faut pour cela que la chose que je reçois en échange soit de nature à être susceptible des qualités de celle que j'ai aliénée. Par exemple, si je reçois une rente constituée en échange d'un héritage qui étoit un de mes propres paternels, cette rente acquerra bien par la subrogation la qualité de propre paternel de succession qu'avoit l'héritage que j'ai aliéné, parcequ'il suffit que cette rente soit immeuble pour être susceptible de la qualité de propre de succession; mais elle n'acquerra pas la qualité de propre de retrait qu'avoit l'héritage que j'ai aliéné, parceque les rentes constituées ne sont pas susceptibles de cette qualité. Si c'est contre des meubles que j'ai échangé mon héritage propre paternel, ces meubles n'acquerront pas la qualité de propres de succession, ni de propres de retrait qu'avoit mon héritage, des meubles n'étant susceptibles ni de l'une ni de l'autre de ces qualités.

Il est évident que la chose que je reçois en échange de

celle que j'ai donnée, ne peut recevoir par cette subrogation d'autres qualités que celles que cette chose avoit, et telles qu'elle les avoit. C'est pourquoi si j'ai acquis un héritage en échange d'une rente constituée, qui étoit un de mes propres paternels, cet héritage aura bien la qualité de propre paternel de succession qu'avoit cette rente; mais il n'aura pas la qualité de propre de retrait, quoiqu'il soit de nature à être capable de cette qualité; car étant subrogé à une rente constituée, il ne peut pas acquérir la qualité de propre de retrait que la rente n'avoit pas, et ne pouvoit avoir.

Il est encore évident que la chose que je reçois en échange ne peut acquérir par la subrogation que les qualités extrinsèques qu'avoit la chose que j'ai donnée, et qu'elle perd par l'aliénation que j'en fais; telles que sont les qualités de propre d'une telle ou d'une telle ligne. Mais la subrogation ne peut faire passer les qualités de féodal et de censuel qu'avoit l'héritage que j'ai aliéné, à celui que j'ai reçu à la place; car ce sont des qualités intrinsèques, qui ne peuvent passer d'un héritage à l'autre.

Il en est de même des charges d'hypothèque, de substitution et autres semblables qui seroient sur l'un des héritages échangés : elles demeurent sur cet héritage nonobstant l'aliénation que j'en ai faite, et elles ne passent pas à celui qui m'est donné en contre-échange. Si celui-ci devient aussi hypothéqué à mes créanciers, c'est par une autre raison, qui est que je leur ai hypothéqué tous mes biens présents et à venir.

ARTICLE VI.

Des partages.

631. Selon les principes du droit romain, différents en cela des principes de notre droit, le partage entre cohéritiers ou entre tous autres copropriétaires étoit regardé comme une espèce de contrat d'échange, par lequel j'étois censé échanger la portion indivise que j'avois dans les choses qui tomboient dans votre lot, contre celle que

vous aviez dans les choses qui tomboient dans le mien. C'est pourquoi le partage est appelé *permutatio* en la loi 77, §. 18, ff. *de leg.* 2°; et il est dit en la loi 1, *Cod. comm. utr. jud.*, que *vicem emptionis obtinet*.

C'est sur ce principe qu'Ulpien décide en la loi 6, §. 8, ff. *comm. divid.*, que mon créancier conserve son hypothéque sur la part que j'avois avant partage, dans les choses qui sont tombées en votre lot, parcequ'étant censé tenir de moi cette part, et l'avoir acquise de moi par le partage, vous ne pouvez l'avoir acquise que telle que je l'avois, et avec la charge des hypothèques de mes créanciers.

Selon les principes de notre droit françois, très opposés à ceux du droit romain, les partages n'ont aucun rapport avec le contrat d'échange : ce ne sont pas des actes par lesquels les copartageants acquièrent, ni soient censés acquérir rien les uns des autres. Un partage, suivant nos principes, n'est autre chose qu'un acte qui détermine la part indéterminée qu'avoit avant le partage chaque cohéritier dans la masse qui a été partagée, aux seules choses qui tombent dans son lot.

Avant le partage, chacun des copartageants a une part ou une moitié dans la masse qui est à partager, qui n'a rien de certain ni de déterminé par rapport à ce dont cette part doit être composée : ce n'est que par le partage qu'elle est déterminée aux choses qui lui sont assignées; elle est censée avoir été composée de ces choses dès le commencement, et n'avoir jamais compris rien de ce qui est tombé dans les autres lots.

Par exemple, lorsque des cohéritiers partagent ensemble les biens d'une succession, le partage détermine tellement la part de chacun des héritiers dans la succession aux choses qui tombent dans son lot, que chacun desdits héritiers est censé avoir succédé au défunt, dès l'instant de sa mort, auxdites choses pour le total, et n'avoir succédé à rien de ce qui est tombé dans les autres lots.

Pareillement, lorsque plusieurs personnes ont été con-

jointement légataires d'un héritage, ou lorsqu'elles l'ont acheté en commun, et que par la suite elles le partagent, chacun est censé avoir été seul légataire ou seul acheteur de ce qui est tombé dans son lot, et n'avoir été légataire ni acheteur de rien de ce qui est tombé dans les autres lots.

Cela a lieu quoique le partage ait été fait avec retour en deniers ou en rentes. Celui à qui est tombé le lot le plus fort est censé avoir été héritier, ou légataire, ou acheteur du total de ce qui y est contenu, à la charge du retour; et celui à qui est tombé le plus foible lot est censé n'avoir été héritier, ou légataire, ou acheteur que des choses qui y sont tombées, au moyen du retour que lui font ses copartageants.

Il est évident, suivant ces principes, que le partage est un acte qui n'a aucun rapport avec le contrat d'échange, ni encore moins avec le contrat de vente, soit qu'il soit fait sans retour, soit avec retour en deniers; car, suivant ces principes, le partage n'est point un titre d'acquisition : je n'acquiers proprement rien par le partage que je fais avec mes cohéritiers ou autres copropriétaires; et tout l'effet du partage se réduit à rendre déterminé à de certaines choses le droit que j'avois, qui étoit auparavant indéterminé.

632. C'est en conséquence de ce principe, que notre coutume d'Orléans, *art.* 15, observée à cet égard dans celles qui n'ont pas de disposition contraire, décide qu'il n'est dû aucun profit de fief pour partage, quoiqu'il y ait tournes. L'article 113 ne contient rien de contraire, quoiqu'il soit dit à la fin de cet article 113, qu'entre autres personnes que cohéritiers, est dû profit pour les tournes; car par ces mots, *autres personnes*, on doit entendre un tiers qui auroit acheté la part de l'un des héritiers, et, en cette qualité de cessionnaire, auroit partagé avec les autres héritiers. Ce tiers doit profit pour les tournes dont le lot qui lui est tombé par le partage est chargé; mais il ne doit pas ce profit pour les tournes à raison du partage, qui, n'étant

pas considéré comme un titre d'acquisition, ne peut donner lieu à des profits; mais il le doit pour raison de la vente qui lui a été faite de la part de ce cohéritier, ces tournes étant une augmentation du prix de cette part dont il doit le profit. *Voyez nos notes sur l'article* 15 *de la coutume, où cela est éclairci par un exemple.*

633. Les copartageants contractent par le partage l'obligation de se garantir réciproquement les choses qui tombent dans leurs lots respectifs; mais cette obligation est différente de celle qu'un vendeur contracte envers l'acheteur, et tout autre cédant envers le cessionnaire. Le vendeur ou autre cédant à titre onéreux, en conséquence de l'obligation qu'il contracte *præstare emptori rem habere licere*, est tenu envers l'acheteur, en cas d'éviction, non seulement à la restitution du prix, mais à tous les dommages et intérêts que l'acheteur souffre de l'éviction au-delà du prix, à cause des augmentations intrinsèques ou extrinsèques survenues à la chose, *in id omne quod suprà pretium emptoris interest rem habere licere*, comme nous l'avons vu, *part.* II, *n.* 146. Au contraire, lorsqu'un cohéritier ou autre copartageant a souffert éviction d'une chose tombée en son lot, ses copartageants sont seulement tenus de lui faire raison de la somme pour laquelle cette chose lui a été donnée en partage, laquelle raison ils sont tenus de lui faire chacun pour leur part, la sienne demeurant confuse; mais ils ne sont pas tenus des dommages et intérêts résultants de l'éviction par rapport à l'augmentation survenue depuis le partage en la chose évincée. C'est ce qu'enseigne Dumoulin, en son traité *de eo quod interest*, *n.* 143 *et seq.*

Par exemple, si nous sommes quatre héritiers qui ayons partagé un patrimoine de 100,000 liv., et que j'aie souffert éviction d'une maison qui m'a été donnée en partage pour 8,000 liv., chacun de mes cohéritiers sera tenu de me faire raison seulement de 2,000 livres, quoique la maison, lors de l'éviction, se trouvât de valeur de 12,000 livres, parceque le quartier où elle est située est devenu beaucoup plus marchand qu'il ne l'étoit lors du partage. En cela ces

cohéritiers sont différents d'un vendeur, ou autre cédant à titre onéreux; car si quelqu'un m'avoit vendu une maison pour 8,000 liv., et que le prix de cette maison fût monté à 12,000 livres, il seroit tenu, en cas d'éviction, en mes dommages et intérêts montant à 4,000 liv. au-delà du prix de 8,000 livres qu'il doit me restituer, comme nous avons vu *part.* II, *n.* 133. La raison de différence est que mes cohéritiers ou autres copartageants ne peuvent être considérés comme mes cédants par rapport à la chose dont je souffre éviction, puisque, suivant nos principes, les copartageants, par les partages, ne se cèdent rien, et ne tiennent rien les uns des autres. La seule raison sur laquelle est fondée la garantie des copartageants, est que l'égalité qui doit régner dans les partages, se trouvant blessée par l'éviction que souffre l'un des partageants dans quelqu'une des choses tombées dans son lot, la loi qui exige cette égalité oblige chacun des copartageants à la rétablir. Or il suffit pour cela qu'ils lui fassent raison, chacun pour leur part, de la somme pour laquelle la chose évincée lui a été donnée en partage. Par exemple, dans l'hypothèse ci-dessus proposée, lorsque je souffre éviction d'une maison que j'ai eue dans mon lot pour 8,000 liv., afin de rétablir l'égalité, il suffit que chacun de mes trois cohéritiers me fasse raison de 2,000 liv. Par-là mon lot de 25,000 liv., qui, par l'éviction, avoit été réduit à 17,000 liv., se trouvera rétabli à 23,000 liv., et égal par conséquent à ceux de mes copartageants, qui, au moyen de la somme de 2,000 livres qu'ils m'ont fournie chacun, se sont pareillement trouvés réduits à 23,000 livres.

Dumoulin va plus loin, et il pense que, même dans les principes du droit romain, suivant lesquels mes copartageants étoient regardés comme les cédants de leur portion dans les choses tombées dans mon lot, ils n'étoient tenus de l'éviction des choses qui y étoient tombées, que pour raison de la somme pour laquelle elles m'avoient été données en partage, et non pour raison des dommages et intérêts que je pouvois souffrir au-delà, par rapport à l'aug-

mentation survenue dans lesdites choses depuis le partage. La raison sur laquelle il se fonde est qu'un vendeur, ou autre cédant à titre onéreux, qui vend, quoique de bonne foi, une chose qui ne lui appartenoit pas, est le seul qui a induit l'acheteur en erreur, et qui par conséquent doit être tenu des dommages et intérêts que l'acheteur souffre de l'éviction : *Solus totam rem suam asserit, solus autem in totum decipit;* au lieu que dans le partage, ce n'est pas plus par le fait de mes copartageants que par le mien, que la chose tombée dans mon lot, et dont j'ai souffert l'éviction, a été mise mal-à-propos dans la masse des biens qui étoient à partager entre nous. Je ne puis rien leur imputer que je ne puisse m'imputer à moi-même, et par conséquent je ne dois pas être reçu à prétendre contre eux des dommages et intérêts : *Neuter magìs asserit, neuter magìs decipit quàm alter; immò dicitur res evinci facto vel culpâ communi, et sic nulla debet esse inter eos obligatio in id quod extrinsecùs interest, sed ut mutuò compensent;* Molin., *ibid. n.* 145. La loi 66, §. *fin. de evict.*, paroît contraire à ce sentiment. Dumoulin y répond en restreignant ce texte au cas auquel j'aurois souffert éviction, par le fait particulier de mon copartageant, de la part de ses créanciers hypothécaires. Cette question qu'agite Dumoulin est superflue dans notre jurisprudence, par les raisons ci-dessus expliquées.

De ce que la garantie qui est due à un copartageant pour l'éviction de quelqu'un des effets tombés dans son lot, se borne au rétablissement de l'égalité qui se trouve blessée par cette éviction, Dumoulin en conclut que si mon cohéritier a souffert éviction d'un héritage qui lui a été donné en partage pour une certaine somme, *puta*, de 3,000 liv., et que j'aie souffert par le feu du ciel, ou par quelque autre force majeure, une perte de pareille somme de 3,000 liv., dans les héritages tombés dans mon lot; quoique cette perte ne me donne aucune action de garantie contre lui, parceque les héritages qui tombent par le partage à un copartageant sont depuis le partage à ses risques; néanmoins je pourrai lui opposer cette perte par forme de com-

pensation, et d'exception contre l'action de garantie, résultante de l'éviction qu'il a soufferte, parceque ne me restant pas plus dans mon lot qu'il ne lui en reste dans le sien, il ne peut pas conclure au rétablissement de l'égalité : *Quinta quæstio*, dit-il, *si cohæres qui nunc convenitur de evictione vel ad supplementum, possit deducere quod sibi interìm de rebus in suam partem adjudicatis casu fortuito deperiit, ut sic licèt non possit agere de casu fortuito, possit tamen excipere?* Et il répond : *Ad quintam quod sic, ne ad summum in plus teneatur quàm ad novam de integro divisionem. Tract. de eo quod interest, n.* 146.

Cette décision de Dumoulin peut souffrir quelque difficulté. En l'admettant, elle forme une seconde différence entre la garantie des partages, et la garantie qui a lieu dans les contrats : car, par exemple, si, dans un contrat d'échange, mon copermutant a souffert éviction de quelqu'une des choses que je lui ai données en échange, je ne puis pas opposer contre l'action de garantie qu'il a contre moi, la compensation de la perte que j'ai soufferte par quelque cas fortuit dans les choses que j'ai reçues en échange de lui.

634. Il y a une troisième différence entre la garantie des copartageants et celle d'un vendeur. Lorsqu'une rente est vendue, la garantie du vendeur ne consiste qu'à défendre l'acheteur des évictions des tiers qui prétendroient que la rente leur appartient ou leur est hypothéquée; mais le vendeur n'est pas garant de l'insolvabilité du débiteur de la rente, sur-tout lorsqu'elle n'est survenue que depuis le contrat, à moins qu'il ne s'y fût expressément obligé par la clause de *fournir et faire valoir ;* suprà, *part.* VI.

Au contraire, les copartageants sont garants entre eux de l'insolvabilité des débiteurs des rentes tombées dans leurs lots respectifs, tant que la rente subsiste, quand même cette insolvabilité ne surviendroit que plus de cent ans après le partage. Par exemple, si nous sommes quatre héritiers qui avons partagé une succession, et qu'il soit

tombé dans mon lot une rente de 40 livres au principal de 800 livres due par Pierre; quelque bonne qu'ait été la rente au temps du partage, si par la suite elle devient caduque par l'insolvabilité de Pierre, pourvu que cette caducité ne soit pas arrivée par ma faute, *putà*, en laissant prescrire les hypothèques de cette rente, ou en les laissant purger par des décrets auxquels je ne me serois point opposé; je pourrai, en faisant constater cette caducité par la discussion des biens de Pierre, si mes copartageants m'y obligent, exiger d'eux qu'ils me continuent, chacun pour leur quart, 10 liv. de rente à la place de la rente de 40 liv., de la caducité de laquelle ils me sont garants. La grande égalité qui doit régner dans les partages est le fondement de cette garantie. Une rente est un être successif dont la réalité consiste dans tous les arrérages qui en courront jusqu'au rachat qui en sera fait: c'est pourquoi, lorsque par l'insolvabilité du débiteur je cesse de pouvoir percevoir les arrérages d'une rente tombée dans mon lot, je suis censé n'avoir pas encore reçu toute la chose qui est tombée dans mon lot, et n'être pas égal à mes copartageants, qui ont reçu tout ce qui est tombé dans le leur; d'où il suit que, pour rétablir l'égalité, ils doivent me la parfournir.

635. Il y a une quatrième différence entre l'obligation qui naît des contrats de vente ou d'échange, et celle qui naît des partages. Lorsque plusieurs m'ont vendu ou échangé une chose, chacun d'eux n'est tenu envers moi de la garantie en cas d'éviction, que pour sa part; et il n'est aucunement tenu de l'insolvabilité de ses covendeurs, à moins que par une clause particulière ils ne se fussent obligés solidairement à la garantie. Il en est autrement entre copartageants. Si nous sommes quatre qui avons partagé une succession, que j'aie souffert une éviction d'un effet de la valeur de 12,000 l., et qu'un de mes copartageants soit insolvable, la perte que je souffre de son insolvabilité se répartira sur les deux qui sont solvables et sur moi: c'est pourquoi chacun des deux solvables,

outre la somme de 3,000 liv. qu'il me doit de son chef pour son quart de l'éviction de 12,000 liv. que j'ai soufferte, me devra encore 1,000 liv. pour son tiers de 3,000 livres dont étoit tenu envers moi cet insolvable, et que son insolvabilité me fait perdre; cette perte devant être soufferte par mes deux copartageants solvables et moi. Cela est fondé sur l'égalité qui doit être entre copartageants, laquelle sans cela seroit blessée.

636. Il nous reste à observer une dernière différence entre les partages, et les contrats de vente, d'échange et autres semblables. Dans ceux-ci la lésion n'est pas une cause suffisante pour en faire prononcer la rescision, si cette lésion n'excède pas la moitié. Par exemple, celui qui a vendu un héritage de la valeur de 20,000 livres ne peut se plaindre de la lésion que lorsque le prix pour lequel il l'a vendu est au-dessous de 10,000 livres : mais dans les partages on requiert une égalité plus exacte et plus scrupuleuse, et il suffit que l'un des copartageants ait été lésé au-delà du quart de ce qui lui devoit revenir, pour qu'il soit admis à demander la rescision du partage. Par exemple, si dans les biens communs la part qui me revenoit devoit être de la valeur de 20,000 liv., il suffit, pour que je puisse faire rescinder le partage, que ce qu'on m'a donné pour ma part ne vaille pas 15,000 liv.

637. Au surplus, la garantie qui a lieu dans les partages a cela de commun avec celle qui a lieu dans le contrat de vente, que la seule crainte d'une éviction n'y donne pas lieu. C'est ce que décide Dumoulin, *d. n.* 146 : *Secunda quæstio an in divisione possit agi de evictione ante rem evictam:* et il répond : *Ad secundam quòd non, nisi res tempore divisionis esset ab extraneo possessa.*

ARTICLE VII.

Des licitations entre cohéritiers ou copropriétaires.

638. Licitation vient du terme latin *liceri*, qui signifie

mettre à prix une chose, porter une enchère à une chose exposée en vente, et de son verbe fréquentatif *licitari*, qui signifie porter plusieurs enchères les unes au-dessus des autres; Kalvin et Calepin, *in verb. liceri et licitari.*

Nous entendons par *licitation*, un acte par lequel des cohéritiers ou autres copropriétaires par indivis d'une chose, la mettent entre eux à l'enchère, pour être adjugée et appartenir en entier au plus offrant et dernier enchérisseur, à la charge par lui de payer à chacun de ses copropriétaires une part dans le prix, pareille à la part indivise que chacun desdits copropriétaires avoit dans l'héritage licité, avant l'adjudication.

639. Lorsque c'est l'un des cohéritiers ou copropriétaires entre lesquels la licitation se fait, qui est adjudicataire, la licitation, quoiqu'elle ait l'apparence d'un contrat de vente, n'est pas néanmoins contrat de vente.

Cette licitation tient lieu de partage, et n'est autre chose, de même que le partage, qu'un acte dissolutif de communauté.

De même que dans un partage, quoique fait avec un retour en deniers ou rentes, le cohéritier auquel est tombé le lot le plus fort, chargé desdits retours, est censé avoir succédé à tout ce qui est tombé dans son lot, à la charge du retour, et n'en rien tenir de ses copartageants; de même dans les licitations le cohéritier est censé avoir été seul saisi par le défunt, du total de l'héritage dont il s'est rendu adjudicataire par la licitation, et n'en tenir aucune part de ses cohéritiers, envers lesquels la loi qui les appeloit avec lui à la succession l'a seulement chargé de leur payer, dans la somme à laquelle l'héritage a été porté par la licitation, une part pareille à celle pour laquelle lesdits cohéritiers étoient appelés avec lui à la succession. Cette somme, pour la part que l'héritier adjudicataire en doit à chacun de ses cohéritiers, est comme un retour de partage dont il est chargé envers chacun d'eux; et c'est à cette somme que, par la licitation, s'est déterminée la part pour

laquelle chacun d'eux a été appelé avec lui à la succession, de manière qu'ils sont censés n'avoir pas été saisis d'autre chose.

Il en est de même des autres copropriétaires. Lorsque plusieurs légataires ou plusieurs acquéreurs licitent entre eux un héritage qui leur a été légué en commun, ou qu'ils ont acquis en commun, celui d'entre eux qui s'en rend adjudicataire est censé avoir été directement légataire ou acquéreur du total de l'héritage, à la charge seulement de faire raison à ses colégataires ou coacquéreurs de leur part dans le prix auquel l'héritage seroit porté par la licitation qui en seroit faite entre eux.

640. Il suit de ces principes que la licitation entre cohéritiers ou autres copropriétaires n'est pas, dans notre droit, un contrat de vente que les parties licitantes fassent de leur part dans l'héritage licité, à celui d'entre eux qui s'en rend adjudicataire, puisque, suivant les susdits principes, l'adjudicataire n'acquiert proprement rien de ses cohéritiers ou copropriétaires.

641. De là il suit, 1° que ces licitations ne donnent aucune ouverture aux profits de vente. *Voyez nos notes sur l'art.* 16 *de la coutume d'Orléans.*

Il suit, 2° qu'elles ne donnent pas ouverture au retrait.

Il suit, 3° que l'adjudicataire n'est pas tenu des hypothéques des créanciers particuliers de ses colicitants. Les créanciers particuliers de chacune des parties licitantes peuvent seulement intervenir à la licitation, et saisir le droit de leur débiteur, à l'effet de toucher en sa place la part qui lui reviendra dans le prix de la licitation; mais s'ils l'ont laissé toucher à leur débiteur, ils ne peuvent rien demander à l'adjudicataire, qui n'est pas censé avoir rien acquis de ses colicitants.

642. Il suit, 4° que les colicitants de l'adjudicataire n'étant point proprement vendeurs de leur part, ils ne sont pas tenus de la même garantie dont un vendeur est tenu envers un acheteur; mais ils sont seulement tenus envers lui de la garantie dont sont tenus entre eux des coparta-

geants, laquelle ne doit consister que dans la restitution de ce que chacun des colicitants a touché du prix de la licitation, soit pour le total, si l'adjudicataire a souffert éviction du total, soit pour partie, s'il n'a souffert éviction que d'une partie de l'héritage.

643. Cette décision doit avoir lieu quand même la licitation contiendroit une clause expresse de garantie; car la clause ne doit en ce cas s'entendre que de l'espèce de garantie qui convient à la nature de l'acte, c'est-à-dire de la garantie qui a lieu entre les copartageants dans les partages, la licitation étant un acte qui en tient lieu.

644. Lorsque, sans licitation, il se passe un acte entre deux héritiers ou autres copropriétaires qui ont un titre commun, par lequel il est dit en termes exprès et formels, que l'un d'eux a vendu à l'autre pour un certain prix sa part dans la succession, ou dans un certain héritage indivis entre eux, il sembleroit qu'il ne devroit pas être douteux qu'un tel acte fût un contrat de vente. Néanmoins comme dans les actes on ne doit pas tant s'arrêter aux termes, que rechercher la volonté des parties, et quel est l'acte qu'elles ont eu intention de faire, la jurisprudence a établi que, nonobstant les termes de *vente* dans lesquels cet acte est conçu, il ne devoit pas être considéré comme un contrat de vente, mais comme un acte tenant lieu de partage, et dissolutif de la communauté qui étoit entre les parties, parcequ'il y a lieu de présumer que la principale intention qu'ont eue les parties en faisant cet acte, a été de sortir de communauté. C'est pourquoi tout ce qui a été dit ci-dessus à l'égard de la licitation, reçoit application à l'égard de cet acte; il ne donne lieu ni au profit de vente, ni au retrait. *Voyez nos notes sur l'art.* 16 *de la coutume d'Orléans; les arrêts du* 15 *décembre* 1648, *au Journal des Audiences, et du* 29 *février, au Journal du Palais.*

645. Celui des cohéritiers ou des copropriétaires à qui il est dit par l'acte que l'autre cohéritier a vendu sa part, n'est pas censé l'avoir véritablement achetée et acquise de son cohéritier; mais le total est censé lui demeurer par

forme de partage, à la charge du retour de la somme convenue. C'est pourquoi de même que, dans la licitation, l'adjudicataire n'est pas tenu des hypothéques des créanciers particuliers de son cohéritier, il n'en doit pas non plus être tenu par cet acte, qui n'est pas différent d'une licitation.

Enfin cet acte ne doit pas donner lieu à la garantie dont est tenu un vendeur, mais à celle dont sont tenus entre eux les copartageants.

ARTICLE VIII.

Des transactions qui ont quelque rapport au contrat de vente.

646. Lorsque par une transaction, pour vous faire désister d'une demande que vous aviez formée, ou que vous deviez former contre moi, je vous ai donné une certaine chose, ce contrat est différent du contrat de vente. Il est de la classe des contrats *do ut facias;* au lieu que le contrat de vente est de la classe des contrats *do ut des*. Néanmoins ce contrat a rapport en quelque chose au contrat de vente: le vendeur reçoit de l'acheteur un prix qui est l'équivalent de la chose qu'il lui vend; et en conséquence de cet équivalent qu'il reçoit, il s'oblige envers l'acheteur à la garantie. De même dans cette transaction je reçois de celui avec qui je transige l'équivalent de la chose que je lui donne, savoir, le désistement de la demande qu'il avoit formée, ou qu'il devoit former contre moi, lequel désistement, que j'avois intérêt d'avoir, est quelque chose d'appréciable, et s'est effectivement apprécié entre nous, par la transaction, à la valeur de la chose que je lui ai donnée pour l'avoir. Je dois donc contracter par cette transaction la même obligation de garantie envers celui à qui j'ai donné cette chose, que contracte un vendeur envers un acheteur. C'est ce qui est décidé par la loi 33, *cod. de transact.*

647. Il en seroit autrement, si par une transaction je vous avois, moyennant une somme que j'ai reçue de vous,

laissé la chose même qui faisoit l'objet du procès entre nous, en me désistant, moyennant cette somme, de la demande que j'avois donnée contre vous pour cette chose. Je ne suis point, en ce cas, obligé envers vous à la garantie de cette chose; et si vous en souffrez éviction, vous ne pouvez me rien demander, pas même la restitution de la somme que vous m'avez donnée: car par cette transaction je ne vous ai point cédé cette chose, je vous l'ai laissée telle que vous l'aviez; je me suis seulement désisté des prétentions incertaines que j'avois sur cette chose, et de la demande que j'avois formée contre vous; l'argent que j'ai reçu de vous n'est pas le prix de cette chose, mais le prix de mon désistement. C'est ce qui est décidé pareillement en la loi 33, *cod. de transact.*

Pareillement dans le cas inverse, si vous m'avez délaissé la chose que je revendiquois, moyennant une somme que je vous ai donnée, vous n'êtes pas obligé envers moi à la garantie de cette chose; et si j'en suis évincé, je ne pourrai pas répéter de vous la somme que je vous ai donnée; car vous n'avez pas entendu me céder cette chose, mais seulement vous désister de vos prétentions incertaines sur cette chose.

648. Mais si par l'acte il étoit dit que j'ai reconnu que la chose qui faisoit l'objet de notre contestation vous appartenoit; néanmoins qu'il étoit convenu entre nous que vous me la cédiez pour une certaine somme; il n'est pas douteux, en ce cas, que cette convention seroit un vrai contrat de vente, qui vous obligeroit à la garantie.

Nous n'avons parlé ici que de ce qui peut se trouver dans une transaction qui ait quelque rapport avec le contrat de vente: nous traiterons séparément ailleurs de cette espèce de convention.

FIN DU TRAITÉ DU CONTRAT DE VENTE.

TRAITÉ DES RETRAITS.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

Le Traité des retraits est une suite et une appendice de celui du contrat de vente, puisque c'est le contrat de vente qui donne ouverture au retrait.

1. Le droit de retrait n'est autre chose que le droit de prendre le marché d'un autre, et de se rendre acheteur à sa place.

Il ne tend pas à rescinder et détruire le contrat, mais à subroger en tous les droits résultants du contrat, la personne du retrayant à celle de l'acheteur sur qui le retrait est exercé.

Il y a trois espèces principales de retraits: le lignager, le seigneurial ou féodal, et le conventionnel. Nous traiterons principalement du lignager dans la première partie de ce Traité : nous dirons quelque chose des deux autres dans la seconde.

2. Il y a quelques autres espèces de retraits, tel que celui que quelques coutumes accordent aux copropriétaires par indivis d'une chose, lorsque l'un d'entre eux vend sa part indivise à un étranger.

Cette espèce de retrait a eu lieu quelque temps

chez les Romains, suivant qu'il paroît par la loi 14, *Cod. de contr. empt.*, qui l'a abrogé.

Nous n'en traiterons pas, l'objet que nous nous sommes proposé dans nos Traités étant borné à y exposer le droit commun, et sur-tout celui qui s'observe dans les coutumes de Paris et d'Orléans.

PREMIÈRE PARTIE.

Du retrait lignager.

3. Le droit de retrait lignager est le droit que la loi accorde aux parents du vendeur d'un héritage, lorsqu'il est vendu à un étranger, de s'en rendre acheteurs à sa place, et en conséquence de l'obliger à le leur délaisser, à la charge de le rembourser et indemniser du prix, et de tout ce qu'il lui en a coûté pour l'acquisition.

Il est appelé *retrait lignager*, parceque la loi l'accorde aux lignagers, c'est-à-dire aux parents de la ligne ou famille dont l'héritage est avenu au vendeur.

Nous distribuerons cette matière en treize chapitres. Dans le premier, nous traiterons des lois qui ont établi le droit de retrait lignager; de la nature de ce droit, et de l'attention qu'ont eue les lois pour qu'il ne reçût aucune atteinte. Nous parlerons, dans le second, de la nature de l'action qui naît du droit de retrait lignager; dans le troisième, des choses qui sont ou ne sont pas susceptibles du retrait lignager; dans le quatrième, des contrats et actes qui donnent ou ne donnent pas ouverture à ce retrait; et nous examinerons de quand ils y donnent ouverture; dans le cinquième, nous verrons à qui le retrait est accordé, par qui, et sur qui il peut être exercé; dans le sixième, comment il doit être exercé, et s'il peut l'être pour partie de ce qui est compris au marché; dans le septième, nous verrons dans quel temps le retrait doit s'exercer. Nous traiterons dans le huitième, de la forme dans laquelle il doit s'exercer; dans le neuvième, des obligations du retrayant, lorsque le retrait a été reconnu ou adjugé; dans le dixième, de celles de l'acquéreur qui a reconnu le retrait, ou sur qui il a été adjugé; dans le on-

zième, de l'effet du retrait lignager exécuté; dans le douzième, des manières dont le droit de retrait lignager s'éteint; dans le treizième, nous traiterons du retrait de mi-denier.

CHAPITRE PREMIER.

Des lois qui ont établi le droit de retrait lignager, de la nature de ce droit, et de l'attention des lois à ce qu'il n'y soit donné aucune atteinte.

§. I. Des lois qui ont établi le droit de retrait lignager.

4. Le retrait lignager ne nous est pas venu du droit romain. Il est vrai qu'il avoit été établi dans l'empire par une constitution dont on ne connoît pas l'auteur, et que Jacques Godefroy, *ad* l. 6, *Cod. Theod. de contr. empt.*, pense être de Constantin, ou de quelqu'un de ses enfants; mais cette constitution a été abrogée par une constitution des empereurs Valentinien et Théodose, rapportée en la loi 6, ci-dessus citée du code Théodosien, et en la loi 14, *dict. tit.* du code de Justinien.

Le retrait lignager est donc de pur droit françois. Presque toutes nos coutumes traitent de ce droit: il est même établi par quelques coutumes particulières des provinces régies par le droit écrit, telles que celles de Bordeaux, Acqs, etc. La coutume locale de la châtellenie d'Issoudun, et un très petit nombre d'autres coutumes locales, l'ont rejeté.

5. Henri III, par son édit du mois de novembre 1581, avoit ordonné que le droit de retrait lignager auroit lieu dans tout le royaume, même dans les pays régis par le droit écrit, et que l'année accordée pour l'intenter ne courroit que du jour de la notification du contrat, qui seroit faite au greffe des notifications; et par une déclaration du mois suivant, il avoit créé par tous les sièges royaux des offices de greffier de ces notifications.

Il paroît que cet édit n'a pas été exécuté, même dans le ressort du parlement de Paris, où il a été enregistré; car Automne, *ad.* l. 14, *Cod. de contr. empt.*, rapporte un arrêt confirmatif d'une sentence du siége de Mont-Brison, du 16 janvier 1609, qui a jugé que le retrait lignager n'avoit pas lieu dans les pays régis par le droit écrit. Bretonnier sur Henrys, *t.* 1, *p.* 168, atteste aussi que le retrait lignager n'est pas en usage dans le Lyonnois, Forez et Baujolois, mais qu'il a lieu dans le Mâconnois et dans la partie de l'Auvergne qui est régie par le droit écrit. Cet édit a passé pour un édit bursal, donné pour faire valoir la vente de ces offices de greffier des notifications.

6. Le droit de retrait lignager a son fondement dans l'attachement qu'avoient nos pères aux biens qui leur étoient venus de leurs ancêtres. C'est cet attachement qui a fait naître plusieurs de nos lois coutumières, dont la fin principale est de conserver ces biens dans les familles, telles que sont celles qui restreignent la faculté de disposer de ces biens par testament, et même dans quelques provinces, par donation entre vifs; celles qui en attribuent la succession aux parents de la famille dont ils sont provenus, à l'exclusion des plus proches parents du défunt, qui ne seroient pas de cette famille.

7. Ces lois coutumières qui ont établi le retrait lignager, ayant pour objet de leur disposition les héritages ou autres immeubles qu'ils assujettissent au retrait lignager, lorsqu'ils sont vendus à un étranger de la famille, elles sont par conséquent de la classe de celles qu'on appelle *statuts réels.* Il est de la nature de ces statuts réels, qu'ils n'exercent leur empire que sur les héritages ou autres immeubles qui sont situés ou réputés situés dans l'étendue de leur territoire, et qu'ils l'exercent par rapport à quelques personnes que ce soit, quoique domiciliées hors du territoire; *Introduction générale à la Coutume d'Orléans*, *n.* 22.

De là il suit, 1°. qu'il n'y a que les héritages ou autres immeubles qui sont situés ou réputés situés dans une pro-

vince dont les lois admettent le retrait lignager, qui soient sujets à ce retrait, et qu'ils y sont sujets, quand même le vendeur et l'acquéreur auroient leur domicile en quelques provinces du droit écrit, qui n'admet pas le retrait; *Tiraqueau.*

De là il suit, 2° que c'est la coutume où l'héritage est situé, qui doit régler tout ce qui concerne le retrait lignager de cet héritage; *putà*, quelles sont les personnes qui y sont appelées, dans quel ordre; quels sont les titres qui y donnent ouverture; dans quel temps et sous quelles conditions il doit être exercé, etc.

§. II. De la nature du droit de retrait lignager, et qu'il n'est pas permis d'y donner atteinte.

8. Le droit de retrait lignager est un droit que les parents lignagers du vendeur ne tiennent que de la pure grace et du pur bénéfice de la loi municipale, qui le leur a accordé dans la vue de perpétuer les biens dans les familles. En cela il diffère du retrait féodal et du retrait conventionnel, qui proviennent d'un droit retenu dans la chose, lorsqu'elle a été inféodée ou aliénée sous cette charge expresse ou implicite. De cette différence il en résulte d'autres, que nous remarquerons dans la suite de ce traité.

9. Le droit de retrait lignager étant une pure grace que la loi n'accorde aux lignagers du vendeur que pour conserver l'héritage dans la famille, c'est une conséquence que ces lignagers ne peuvent le céder à un étranger.

10. Le droit de retrait étant un droit que la famille du vendeur tient uniquement de la loi qui le lui a accordé, elle n'en peut être privée par aucune clause du contrat de vente. C'est pourquoi s'il étoit porté par le contrat que le vendeur vend un tel héritage, à la charge *qu'il ne pourra être retiré par sa famille, à laquelle il interdit le retrait, dérogeant à cet effet à la coutume*, il n'est pas douteux qu'une telle clause seroit nulle, le vendeur ne pouvant pas priver

sa famille d'un droit qu'elle ne tient pas de lui, mais de la loi.

11. Par la même raison, si l'acheteur déclaroit par le contrat, qu'il entend que l'héritage par lui acquis, quelque long temps qu'il demeure par la suite dans sa famille, ne soit pas sujet au droit de retrait lignager, lorsqu'il plaira à celui de ses descendants qui s'en trouvera en possession, de l'aliéner hors de la famille, une telle déclaration seroit de nul effet; c'est le cas de cette régle de droit : *Privatorum conventio juri publico non derogat;* l. 45, §. 1, ff. *de R. J.*

12. Non seulement les clauses qui rejetteroient directement et expressément le droit de retrait sont nulles; il en est de même de celles qui y donneroient indirectement atteinte, et n'auroient d'autre objet que de l'éluder.

On demande à ce sujet si la clause dans un contrat de vente, par laquelle on est convenu qu'en cas de retrait la vente seroit nulle, est valable. Tiraqueau et Grimaudet décident qu'elle est valable, s'il n'y a fraude, c'est-à-dire, pourvu que l'intention des parties ait été que le vendeur, dans le cas d'une demande en retrait, rentreroit dans l'héritage afin de le garder pour lui, et non pas dans le dessein de le rendre un jour à l'acquéreur; mais Mathéus, *de afflictis*, décide au contraire que cette clause est nulle, comme n'ayant d'autre objet que d'empêcher le droit de retrait, et de s'opposer à la loi qui l'accorde. Son opinion, qui est suivie par Dussaut, sur les Usances de Saintes, et par Vaslin, sur la coutume de la Rochelle, me paroît raisonnable.

13. Quelques auteurs portent si loin la régle qu'on ne peut donner aucune atteinte au droit de retrait, qu'ils regardent comme nulle la clause par laquelle le vendeur se seroit fait fort envers l'acheteur que sa famille n'exerceroit pas le retrait, et se seroit soumis à une peine au cas qu'il fût exercé. C'est l'avis des annotateurs de Duplessis, qui citent pour leur opinion un arrêt rapporté par Cha-

rondas. Mais je ne vois pas pourquoi cette clause seroit nulle. Cette clause ne donne aucune atteinte au droit de retrait qu'a la famille : elle n'empêche pas les parents d'exercer le retrait. Quoique le vendeur, en promettant que sa famille n'exercera pas le retrait, promette une chose qui n'est pas en son pouvoir, il ne laisse pas de contracter par cette clause une obligation valable ; de même que le vendeur qui se fait fort que le propriétaire de la chose consentira à la vente, contracte une obligation valable, quoique ce consentement ne soit pas en son pouvoir. Pour qu'une obligation soit valable, il suffit que le fait qui en est l'objet soit un fait possible en soi, quoiqu'il ne soit pas au pouvoir de celui qui a contracté l'obligation : *Voyez notre Traité des obligations, n.* 136.

14. Non seulement les clauses qui tendent à donner atteinte au droit de retrait lignager sont nulles, mais les coutumes, pour assurer ce droit aux familles, se sont appliquées à la recherche des fraudes qui pourroient être concertées entre le vendeur et l'acheteur pour en exclure les lignagers, ou pour le leur rendre plus onéreux qu'il ne doit être, et ont prononcé des peines contre ces fraudes.

Ces fraudes consistent, ou à déguiser le contrat de vente que les parties ont eu intention de faire, sous la fausse apparence d'un autre contrat, ou à tenir le contrat caché pendant le temps accordé pour exercer le retrait, ou à faire paroître le prix et les conditions du marché plus onéreuses qu'elles ne sont, pour détourner la famille d'exercer le retrait.

Nous avons un exemple de l'application des coutumes à rechercher ces fraudes, dans l'*article* 386 de notre coutume d'Orléans.

Plusieurs coutumes ont prononcé des peines sévères contre ces fraudes; celle de Tours, *art.* 173 *et* 174, punit par amende la fraude de l'acquéreur qui a nié faussement avoir acquis; et elle veut qu'au profit du lignager, il soit déchu de la restitution du prix. Elle punit pareillement

par amende la fraude de l'acheteur qui a dit avoir acheté plus cher qu'il n'avoit acquis, et elle le condamne à restituer au double au retrayant ce qu'il a reçu de lui de trop par cette fraude. Celle de Lodunois, *titre des Retraits*, *art.* 16, a même disposition; elle punit aussi par la restitution du double des deniers indûment reçus, la fraude de l'acquéreur qui a fait paroître un prix plus fort que celui qui a été convenu : celle de Châteauneuf punit toutes les fraudes par la confiscation du prix au profit du seigneur en la justice duquel la fraude est avérée, etc.

Les lignagers sont admis à la preuve, même testimoniale, de ces fraudes; ils peuvent aussi déférer le serment à l'acquéreur sur la sincérité du contrat.

15. Tout ceci sert à décider la question autrefois si agitée entre les anciens docteurs, si le droit de retrait lignager est un droit favorable ou un droit odieux. Il faut décider qu'il est favorable. Sa fin, qui est celle de conserver les héritages dans les familles, est une fin qui, suivant nos anciennes mœurs, est extrêmement favorable. L'attention que les coutumes ont eue à rechercher et à punir les fraudes par lesquelles on pourroit donner atteinte à ce droit, est encore une preuve de la faveur de ce droit; mais quoique favorable, il est en même temps rigoureux, parceque comme il gêne la liberté naturelle de vendre et d'acheter, la loi ne l'a accordé que sous certaines conditions qu'elle veut être observées dans la dernière rigueur : mais pourvu que les lignagers y satisfassent, la loi leur accorde toute sa protection pour les faire jouir de leur droit.

16. Ce n'est pas seulement dans le for extérieur qu'il est défendu de donner atteinte au droit de retrait lignager; il n'est pas douteux que dans le for de la conscience le vendeur et l'acheteur se rendent coupables d'injustice, lorsqu'ils pratiquent quelqu'une de ces fraudes ci-dessus rapportées : car le droit de retrait lignager étant un droit très légitime qui appartient à la famille du vendeur, et qu'elle tient de la loi, on ne peut l'en priver sans blesser

ce premier précepte de la loi naturelle, qui ordonne de rendre à chacun ce qui lui appartient : *Juris præcepta sunt hæc.... suum cuique tribuere; Instit. tit. de justitiâ et jur.*

L'injustice consistant à priver par cette fraude les lignagers d'exercer le retrait sur le contrat de vente qui leur a été déguisé ou caché, la réparation de cette injustice doit consister à leur restituer ce pouvoir. L'acheteur peut faire cette restitution en les avertissant de sa fraude, et en leur promettant de passer contrat de vente de l'héritage par lui acquis, à celui d'entre eux qui, dans l'année depuis cet avertissement, se présentera le premier pour l'acheter au prix et aux mêmes conditions qu'il auroit eu droit d'en exercer le retrait, si le contrat n'avoit pas été déguisé ou caché. Il peut leur donner cet avertissement, ou en allant les trouver, ou par quelque acte public qui puisse parvenir à la connoissance de toute la famille. Observez que la vente que l'acheteur fera en ce cas à un lignager, devant donner lieu à un nouveau profit, et à des loyaux coûts, auxquels il n'eût pas été sujet, s'il n'eût pas été empêché, par la fraude de l'acheteur, d'exercer le retrait, ce lignager doit en récompense être déchargé envers l'acheteur de la restitution du profit dû pour la première vente, et de celle des loyaux coûts.

CHAPITRE II.

De la nature de l'action de retrait lignager.

17. Du droit de retrait lignager, lorsqu'il y a ouverture à ce droit, naît l'action de retrait lignager. Cette action est *personnelle réelle.* Elle est personnelle; car elle naît de l'obligation que l'acheteur étranger contracte, en acquérant, de délaisser l'héritage qu'on lui vend, à celui de la famille du vendeur qui voudra prendre le marché aux conditions portées par la coutume.

C'est la loi municipale qui forme cette obligation en la

personne de l'acheteur; c'est pourquoi cette action est du nombre de celles qu'on appelle *condictio ex lege*.

Elle est *personnelle réelle;* car la loi, en formant cette obligation en la personne de l'acheteur étranger, affecte en même temps l'héritage par lui acquis, à l'accomplissement de cette obligation. La propriété de cet héritage ne lui est transférée que sous la charge du retrait, et il ne peut par conséquent le transférer à d'autres que sous cette charge, suivant cette régle : *Nemo plus juris in alium transferre potest quàm ipse haberet;* l. 54, ff. *de R. J.* C'est pourquoi cette action, tant que le temps du retrait dure, peut être intentée par les lignagers, non seulement contre celui qui a acheté de leur parent, mais contre ceux à qui l'héritage a pu passer depuis, et qui s'en trouvent en possession.

18. L'action de retrait lignager, sur-tout dans les coutumes qui, comme celles de Paris et d'Orléans, accordent le retrait lignager à celui de la famille qui est le plus diligent, tient de la nature de celles qu'on appelle chez les Romains, *populares actiones*. Cette action, avant qu'elle soit intentée, n'appartient à aucune personne déterminée de la famille du vendeur, mais plutôt à la famille indéterminément; ce n'est qu'en l'intentant, que celui de la famille qui est le plus diligent s'approprie cette action, *jure quodam occupationis*.

19. L'action de retrait lignager n'est pas transmissible aux héritiers du lignager, avant qu'il l'ait intentée: car le droit de retrait lignager est accordé à la qualité de *lignager* qui est une qualité personnelle. Cela sur-tout doit avoir lieu dans nos coutumes de Paris et d'Orléans, qui accordent le droit de retrait plutôt à la famille indéterminément, qu'à aucun de la famille déterminément; car, suivant ce principe, l'action de retrait n'est pas encore *in bonis* d'aucun particulier de la famille, jusqu'à ce qu'il se la soit appropriée en l'intentant et en prévenant les autres lignagers, et par conséquent il ne peut la transmettre.

20. Mais lorsque le lignager a intenté la demande, son

action de retrait lignager devient transmissible à ses héritiers, qui, en cette qualité, peuvent reprendre en sa place l'instance de retrait lignager, suivant cette règle de droit, *Omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent*; l. 139, ff. *de R. J.*

21. Cette action passe dans la succession du parent qui l'a intentée à ses héritiers aux propres de la ligne d'où l'héritage procède, suivant qu'il résulte de l'article 139 de la coutume de Paris, et de l'article 385 de celle d'Orléans; car c'est *jure hujus familiæ*, qu'elle lui a été acquise.

S'il ne se trouvoit aucun parent de cette ligne qui acceptât la succession aux propres du défunt qui est mort après avoir intenté l'action du retrait lignager, cette action appartiendroit à ses héritiers aux acquêts, quoique étrangers de cette ligne, qui pourroient la reprendre en leur qualité d'héritiers de ce parent; car cette action, par la demande qu'il a formée, est devenue *in bonis* de ce parent, et a passé dans sa succession.

Il est vrai qu'elle y passe comme un propre; mais, suivant le droit commun, à défaut d'héritiers de la ligne qui veuillent accepter la succession aux propres, l'héritier aux acquêts, quoiqu'étranger, succède aux propres, comme à tous les autres biens du défunt.

Il en seroit autrement si la succession aux propres avoit été acceptée par des héritiers de la ligne, quoique ces héritiers refusassent de reprendre l'action de retrait: l'héritier aux acquêts n'auroit pas le droit de la reprendre à leur refus; car en ce cas ce n'est pas l'héritier aux acquêts qui y a succédé, ce sont les héritiers aux propres, et ils sont les maîtres de ne pas user de leur droit.

On m'a fait cette objection: quoiqu'il y ait un héritier aux propres, à son refus, l'héritier aux acquêts succède à l'héritage retiré par retrait lignager, faute par cet héritier aux propres de le rembourser, dans l'année, du prix qu'il a coûté au défunt: donc pareillement l'héritier doit succéder à l'action de retrait lignager intentée par le défunt, quoiqu'il y ait un héritier aux propres, lorsque l'héritier

aux propres refuse d'exercer cette action. Je réponds qu'il y a une très grande différence entre les deux cas. L'héritage retiré par retrait lignager est proprement un acquêt du défunt qui en a exercé le retrait, quoiqu'il tienne aussi quelque chose de la qualité de propre : le défunt en étoit propriétaire à titre d'achat, le retrait l'en ayant rendu acheteur à la place de celui sur qui il a exercé le retrait : c'est le contrat de vente de cet héritage qui est son titre, et la cause prochaine et immédiate de son acquisition ; son droit de retrait lignager, qui lui a seulement donné la préférence sur l'acheteur étranger, n'est que *causa remota*. C'est pourquoi l'héritier aux acquêts en est l'héritier naturel, et doit y succéder, lorsque l'héritier aux propres ne satisfait pas à la condition sous laquelle la succession lui en étoit déférée. Il n'en est pas de même de l'action de retrait lignager que le défunt a intentée : cette action est un propre du défunt, qui ne tient rien de la qualité d'acquêt ; ce n'est *nec pretio, nec merito, nec dono fortunæ*, mais c'est *solo jure sanguinis et familiæ*, que le défunt en étoit propriétaire : la succession de cette action est déférée absolument et sans aucune condition à l'héritier aux propres de la ligne d'où cette action procéde. C'est pourquoi lorsqu'il y a un héritier de cette ligne qui a accepté la succession, l'héritier aux acquêts, qui n'en est pas, n'y peut pas succéder.

22. Quoique l'action de retrait lignager devienne *in bonis* du retrayant par la demande qu'il forme, néanmoins il ne peut pas, même depuis cette demande, la céder à un étranger. La raison est qu'il est censé en ce cas n'avoir pas acquis cette action ; car le retrait n'étant accordé aux lignagers du vendeur que pour conserver l'héritage à la famille, l'action de retrait ne peut être acquise au lignager par la demande qu'il en forme, qu'autant qu'il la forme dans la vue de la coutume, pour conserver l'héritage à la famille ; et il ne peut paroître la former dans cette vue qu'autant qu'il la forme pour son compte, ou pour le compte de quelqu'un de la famille ; mais lorsqu'après avoir intenté la demande, il céde son droit à un étranger, il est présumé

n'avoir fait que prêter son nom à cet étranger, et n'avoir pas donné la demande dans la vue de la coutume, et par conséquent n'avoir point acquis le droit de retrait en la donnant.

23. Dans les coutumes qui défèrent le retrait lignager aux parents du vendeur, selon l'ordre du degré de parenté dont ils le touchent, le parent le plus prochain ne peut pas, au préjudice de ceux du degré suivant, céder son droit à un parent plus éloigné; et si ceux du degré suivant veulent exercer le retrait, ils doivent être préférés à ce cessionnaire; *Grimaudet*, 1, 6.

24. Ces décisions n'ont pas lieu vis-à-vis des successeurs universels; c'est pourquoi je pense que le lignager étant mort pendant le cours de l'instance de retrait, son légataire universel, quoiqu'étranger, peut reprendre l'instance, sauf les réserves coutumières de l'héritier aux propres. Quelques auteurs néanmoins ont prétendu que cette action, quoique intentée, ne passoit point à un héritier testamentaire étranger, ni, par la même raison, à un légataire universel étranger, quoiqu'elle passe à un héritier *ab intestat* étranger. Ils se fondent sur ce qu'il est décidé que celui à qui un héritage a été légué à la charge qu'il ne l'aliéneroit pas hors de la famille, pouvoit bien le transmettre dans sa succession à un héritier *ab intestat*, quoique étranger, l. 77, §. 28, *de leg.* 2, mais non à un héritier testamentaire étranger. Je nie la conséquence. La raison de différence est, que lorsqu'une fois le lignager a exercé de bonne foi pour son compte le droit de retrait, il n'y a aucune loi qui lui défende d'aliéner l'héritage hors de la famille. La loi veut seulement que les lignagers exercent le retrait pour leur compte, et qu'ils ne servent pas de prête-nom à des étrangers pour l'exercer. Il y a lieu à la présomption qu'un lignager n'est qu'un prête-nom, et qu'il n'avoit pas intention d'exercer l'action pour son compte, lorsqu'après l'avoir intentée, il en fait cession à titre singulier à un étranger : mais il ne résulte aucune présomption de fraude de ce que cette action se trouve passer à un étranger

dans sa succession testamentaire, ou dans un legs universel.

25. L'action de retrait lignager ayant pour objet l'héritage vendu, qui est une chose divisible, soit en parties réelles, soit au moins en parties intellectuelles, est une action divisible; *Traité des obligations, n.* 288.

C'est pourquoi si plusieurs ont acheté ensemble un héritage, chacun n'est tenu de cette action que pour la part divisée ou indivisée qu'il y a. Cela a lieu quand même ils auroient acheté solidairement.

Mais en ce cas le retrayant doit, pour l'indemnité de celui des acheteurs sur qui il exerce le retrait, lui rapporter quittance ou décharge du vendeur, du total du prix auquel cet acheteur est obligé; sauf au retrayant à répéter contre les autres acheteurs sur lesquels il ne juge pas à propos d'exercer le retrait, la part dont ils sont tenus de ce prix.

Pareillement, lorsque l'acheteur a laissé plusieurs héritiers, chacun d'eux n'est tenu de cette action que pour la part à laquelle il a succédé à l'héritage.

26. Néanmoins, comme l'action de retrait lignager n'est pas simplement personnelle, mais personnelle réelle, *et in rem scripta*, et qu'elle suit le possesseur; si l'un de ces acheteurs ou de ces cohéritiers se trouvoit possesseur de l'héritage pour le total, il seroit tenu de l'action de retrait pour le total.

Vice versâ, si le lignager, après avoir intenté l'action, meurt et laisse plusieurs héritiers, chacun de ces héritiers ne succède à l'action, et n'a droit, en sa qualité d'héritier, de reprendre l'instance que pour la part dont il est héritier: mais l'acquéreur peut, s'il le juge à propos, l'obliger à retirer le tout, parceque autrement cet acquéreur, qui n'auroit pas voulu acquérir s'il n'eût cru avoir le total, ne seroit pas indemne.

Au reste, il n'est pas douteux que si cet héritier étoit lui-même de la famille, et qu'il fût encore dans l'année du retrait, il pourroit, au lieu de reprendre, en sa qualité d'héritier, la demande donnée par le défunt, qu'il ne peut

reprendre que pour sa part, donner de son chef une nouvelle demande pour le total. Mais si les cohéritiers vouloient reprendre la demande donnée par le défunt, il n'est pas douteux que cette demande, qui a la priorité, l'emporteroit sur celle qu'il auroit donnée de son chef.

CHAPITRE III.

Des choses qui sont sujettes au retrait lignager.

27. La plupart des coutumes, en accordant le retrait à la famille du vendeur, s'expriment en ces termes : *Quand aucun a vendu son héritage.* Ce sont les termes de la coutume de Paris, *art.* 129 ; de la coutume d'Orléans, *art.* 369, etc. Il n'y a donc, suivant le droit le plus commun, que les héritages qui soient sujets au retrait lignager, et il n'y a que ceux qui sont propres. Nous verrons, 1° quelles sont les choses qui sont réputées, ou non, héritages, à l'effet d'être sujettes au retrait ; 2° quels sont les héritages qui sont, dans cette matière, réputés héritages propres ; 3° si les choses qui ne sont pas par elles-mêmes sujettes au retrait, y deviennent sujettes lorsqu'elles sont vendues conjointement avec des choses qui y sont sujettes.

ARTICLE PREMIER.

Quelles sont les choses qui sont réputées, ou non, héritages à l'effet d'être sujettes au retrait.

28. Le terme d'*héritage* ne comprend pas seulement les fonds de terre et maisons, soit de ville, soit de campagne ; il comprend aussi les droits réels qu'on y a. C'est pourquoi non seulement les héritages dont nous avons un parfait domaine sont sujets au retrait, mais même ceux dont nous n'avons qu'une espèce de seigneurie utile ; car on ne peut

disconvenir que ce droit de seigneurie utile ne soit au moins un droit réel que nous avons dans ces héritages.

Cela a lieu quand même ce droit de seigneurie utile n'auroit été accordé que pour un certain temps, après l'expiration duquel il dût se réunir à la directe. Il ne laisse pas d'être sujet au retrait, lorsqu'il est vendu par l'emphyteute ou seigneur utile à qui ce droit appartient, et à qui il est venu de sa famille.

En vain diroit-on que la vue qu'ont les coutumes, en accordant le retrait lignager, étant de perpétuer les héritages dans les familles, elle ne peut recevoir d'application à l'égard de cette espèce de droit, qui est de nature à ne pouvoir pas toujours durer dans la famille de l'emphyteute, devant en sortir nécessairement par l'expiration du temps du bail emphytéotique. La réponse est, que la vue des coutumes est de conserver les biens dans les familles, sinon à toujours, au moins aussi long-temps qu'ils y peuvent être conservés. Notre décision est autorisée par l'article 149 de la coutume de Paris, qui dit : *Baux à quatre-vingt-dix-neuf ans, ou longues années;* c'est-à-dire, les droits de seigneurie utile résultants desdits baux ; *sont sujets au retrait*, lorsqu'ils sont vendus par les emphyteutes à qui ils appartiennent.

Ces termes de la coutume, *à quatre-vingt-dix-neuf ans*, doivent s'entendre *non restrictivè*, mais *exempli causâ ;* c'est pourquoi elle ajoute, *ou longues années.* Lors donc que le bail emphytéotique est pour un temps, soit plus long, soit même plus court que le temps de quatre-vingt-dix-neuf ans, pourvu qu'il soit assez long pour qu'on puisse dire que le bail est *à longues années*, le droit de seigneurie utile qui en résulte est sujet à retrait, lorsqu'il est vendu par l'emphyteute.

Quel temps faut-il pour qu'un bail soit fait à longues années, et que le droit qui en résulte soit retrayable ? La coutume de Normandie, *art.* 488, veut qu'il soit fait pour plus de trente ans : celle de Bretagne, *tit.* 16, *art.* 313, se

contente qu'il excède neuf ans. Laquelle doit-on suivre dans les coutumes qui ne s'en sont point expliquées? On peut dire, en faveur de la première, que l'idée d'un bail à longues années présente celle d'un bail fait pour un temps qui excède au moins celui d'une génération d'homme, et par conséquent celui de trente ans. On peut dire, au contraire, pour celle de Bretagne, que dans les termes de droit, *decennium est longum tempus*. La prescription de bonne foi, qui résultoit de la possession de dix ans d'un héritage, étoit appelée *præscriptio* LONGI TEMPORIS; et dans nos usages nous regardons comme baux à longues années tous ceux qui excèdent neuf ans.

29. La coutume de Bretagne apporte une limitation fort équitable au droit de retrait de ces seigneuries utiles reversibles : elle veut que, pour que ces droits soient retrayables, il en reste au moins six ans de durée lorsqu'ils sont vendus ; car l'intérêt de conserver à une famille un héritage pour aussi peu de temps que quatre ou cinq ans n'est pas assez important pour qu'il puisse donner lieu au retrait, et à troubler un acquéreur.

M. de Lamoignon, dans ses Arrêtés des retraits, *art.* 19, vouloit que le temps qui reste à courir de l'emphytéose excédât dix ans.

30. Le droit des engagistes est aussi sujet au retrait lignager. La coutume de Paris, *art.* 148, en a une disposition. Il y est dit : *Loges, boutiques, étaux, places publiques achetées du roi et venants à succession, sont sujettes à retrait*, lorsqu'elles sont vendues par l'engagiste. La raison de douter étoit la même qu'à l'égard des seigneuries utiles reversibles. Celui qui tient à titre d'engagement, soit du roi, soit de l'église, soit d'un particulier, quelque héritage, tels que sont ceux mentionnés audit article, n'en est pas le propriétaire. Le roi, l'église, ou autre qui les a engagés pour une certaine somme qu'il a reçue, en conserve toujours la propriété : il n'en accorde à l'engagiste qu'une espèce de seigneurie utile, semblable à celle qui résulte d'un bail à longues années, à cela près que celle-ci

est accordée pour un temps certain et limité, au lieu que celle qui est accordée à l'engagiste lui est accordée pour un temps illimité, jusqu'à ce qu'on le rembourse de la somme pour laquelle l'héritage a été engagé. C'est pourquoi lorsque l'engagiste vend l'héritage qu'il tient à titre d'engagement, ce n'est pas proprement cet héritage qu'il vend, c'est seulement le droit de seigneurie utile. La raison de décider est, de même que dans la question précédente, que ce droit de seigneurie utile qu'il vend est un droit réel dans l'héritage. Or les droits réels dans un héritage sont compris sous le terme général d'*héritage*, et sont sujets au retrait lignager, lorsqu'ils sont vendus par celui à qui ils étoient venus de famille.

31. Par la même raison, les droits de fief, de censive, de champart, même les simples droits de rente foncière, sont sujets au retrait lignager, lorsqu'ils sont vendus par celui à qui ils appartiennent, et à qui ils sont venus de famille : car, quoique ces droits soient proprement des choses incorporelles, elles sont néanmoins comprises sous le terme d'*héritage*, parceque ce sont des droits dans des héritages. Les coutumes de Paris et d'Orléans, pour lever tout le doute qu'il auroit pu y avoir à ce sujet, s'en sont expliquées. Les articles 129 de Paris, et 363 d'Orléans, disent : *Quand aucun a vendu son héritage en rente foncière, etc.*

32. Quoique le droit d'usufruit qu'une personne a dans l'héritage d'autrui soit un droit foncier, *jus in re*, un droit dans cet héritage ; néanmoins lorsqu'un usufruitier vend son droit d'usufruit à un tiers, il n'y a pas lieu au retrait lignager, même dans les coutumes où la vente des acquêts y donne lieu. La raison est que le droit d'usufruit étant un droit de servitude personnelle, un droit qui est attaché à la personne de l'usufruitier, et qui n'en peut être détaché ; lorsqu'un usufruitier me vend son droit d'usufruit, c'est plutôt l'émolument de ce droit, que le droit même, qu'il me vend : il m'accorde le droit de recueillir en sa place les fruits qu'il a droit de percevoir par lui ou par un autre,

en vertu de son droit d'usufruit : mais ce droit d'usufruit, qui ne peut être détaché de sa personne, demeure par-devers lui (*Inst. de usur.*, §. 4) ; et par conséquent il ne sort pas hors de sa famille.

33. Lorsque c'est le propriétaire qui vend à quelqu'un dans son héritage propre un droit d'usufruit, il n'y a pas non plus lieu au retrait lignager. La coutume de Paris, *art.* 147, en a une disposition précise ; et cet article, qui a été formé sur la Jurisprudence, et ajouté lors de la réformation, forme un droit commun qui doit avoir lieu dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. La raison est, que les coutumes n'accordent le retrait à la famille du vendeur que lorsqu'il met son héritage propre hors de la famille par la vente qu'il en fait ; mais on ne peut pas dire que, par la vente et constitution qu'il fait d'un droit d'usufruit, il mette son héritage propre hors de la famille, puisqu'il en demeure le vrai propriétaire.

Observez néanmoins que si quelqu'un, après avoir vendu l'usufruit de son héritage propre, vendoit ensuite à la même personne la propriété, il y auroit lieu au retrait lignager sur l'une et l'autre vente. Quelques coutumes, comme Melun et Bourbonnois, en ont des dispositions. La raison est, qu'on présume en ce cas, que l'intention des parties a été de ne faire qu'une seule vente de tout, et que c'est en fraude des lignagers qu'on a fait paroître deux ventes. L'établissement de cette présomption est nécessaire, parceque sans cela il y auroit une voie ouverte de frauder les lignagers.

Il y a lieu à la même présomption lorsqu'après avoir vendu mon héritage propre sous la réserve de l'usufruit, je vends l'usufruit à la même personne : il y a lieu au retrait sur les deux ventes.

Cette présomption de fraude a lieu, non seulement lorsque c'est à la même personne à qui on avoit vendu ci-devant l'usufruit qu'on vend la propriété, *aut vice versâ* ; elle a pareillement lieu lorsque la vente est faite à d'autres, qui peuvent paroître être par elle interposées ; comme si elle

étoit faite à ses enfants, ou à ses père et mère, sur-tout si cette personne en étoit l'unique héritière. C'est l'avis de Vaslin.

34. Il faut pour cette présomption de fraude, qu'il n'y ait pas un trop long intervalle de temps entre la vente de la propriété et celle de l'usufruit faite à la même personne. Les uns veulent que pour que la fraude puisse se présumer, il faut que la seconde vente intervienne dans l'année de la première : d'autres estiment qu'il suffit qu'elle intervienne dans les trois ans. Vaslin, sur la Rochelle, se contente qu'elle intervienne dans les cinq années. J'inclinerois pour la première opinion : on peut tirer argument de l'article 386 de la coutume d'Orléans. Je ne crois pas néanmoins qu'on dût s'y attacher trop scrupuleusement, et je pense qu'on pourroit présumer la fraude si la seconde vente intervenoit peu de jours après l'année révolue ; car il y a lieu de présumer en ce cas, que ce n'est que pour la couvrir que l'on a attendu que l'année fût révolue.

Il est évident qu'on ne peut présumer de fraude lorsque le légataire de la nue propriété a acheté de l'héritier l'usufruit.

35. Un droit de justice, quoique droit incorporel, néanmoins, par rapport au territoire qui en est le sujet, est aussi compris sous le terme d'*héritage*, et est sujet au retrait lignager.

Par la même raison, les dîmes inféodées sont comprises sous le terme d'*héritage*, parceque ce sont des droits qui s'exercent sur des héritages ; et elles sont en conséquence susceptibles de la qualité de propre, et sujettes au retrait lorsqu'elles sont vendues à un étranger.

Les auteurs, pour la plupart, ont coutume d'excepter le cas auquel elles auroient été vendues à l'Église ; *Voyez le 24e Plaidoyer de feu M. le chancelier Daguesseau*, t. II.

36. Les droits personnels, c'est-à-dire les créances que nous avons contre une personne qui s'est obligée à nous donner quelque chose, lorsque cette chose qui fait l'objet desdites créances est un héritage, sont aussi comprises

sous le terme d'*héritage*, et sujettes au retrait lignager. Par exemple, si mon père a acheté un héritage, et est mort avant qu'il lui ait été livré, la créance que j'ai contre le vendeur pour me faire livrer cet héritage, est sujette au retrait lignager, si je la vends à un étranger; car quoique cette créance ne soit en elle-même qu'un droit incorporel que j'ai contre la personne du vendeur, elle est considérée comme étant déja par anticipation l'héritage même auquel elle doit se terminer: *Actio judicatur secundùm qualitatem rei ad quam competit;* Molin., *in Cons. Paris.*, §. 20, *gl.* 3, *n.* 8. Il en est de même de l'action de réméré.

37. Quoique la vente de ces actions ne donne pas lieu au profit de ventes et au retrait féodal, que lorsque ces actions, par l'exercice que le cessionnaire en a fait, ont été converties dans l'héritage même; néanmoins il y a lieu au retrait lignager de ces actions, même avant qu'elles aient été exercées par celui à qui ces actions ont été vendues. La raison de différence est, qu'il n'y a que la vente du fief même qui donne ouverture au profit et au retrait féodal, et que l'action pour avoir ou pour recouvrer le fief n'est pas le fief jusqu'à ce que, par l'exercice, cette action ait été convertie dans le fief même. Au contraire, la vente d'un droit réputé pour héritage, et qui est propre, suffit pour donner ouverture au retrait lignager. C'est l'avis de Tiraqueau, *art.* 1, *gl.* 7, *n.* 31; Arrêtés de Lamoignon, *art.* 30; Livon., *p.* 428; Annot. de Duplessis, *chap.* 6. Dumoulin établit cette différence entre le retrait lignager et le féodal, *in Cons. Par.*, §. 20, *gl.* 4, *n.* 6.

38. Si l'on avoit fait don à un tiers d'une action de réméré; comme ce don ne devient une aliénation à prix d'argent que par l'exercice de l'action qui oblige le cessionnaire de débourser le prix; en ce cas il n'y a que l'exercice de l'action qui donne ouverture au retrait. C'est ce qu'a remarqué fort judicieusement Vaslin, *d. loco*.

39. Les rentes constituées, suivant le droit commun, ne sont pas sujettes au retrait lignager, même dans les coutumes qui les réputent immeubles. Notre coutume d'Or-

léans, qui les répute telles, *art.* 191 *et* 351, dit en l'article 399: *Rentes constituées spécialement ou généralement ne sont sujettes au retrait.* La raison est que le retrait n'a été établi qu'à l'égard des héritages: or une rente constituée n'est héritage sous aucun respect, n'étant ni un droit dans un héritage, ni un droit à un héritage. L'hypothéque dont une rente est accompagnée, est bien un droit dans les héritages sujets à l'hypothéque; mais l'hypothéque n'est que l'accessoire de la rente, qui en soi n'est qu'un droit contre la personne, et qui ne tend qu'à avoir de l'argent, et non à avoir aucun héritage. Il est vrai que les rentes sont réputées immeubles; mais ce n'est que par une fiction qui ne doit pas avoir lieu dans la matière du retrait, qui est de rigueur.

Il y a néanmoins quelques coutumes qui semblent assujettir au retrait lignager les rentes constituées; comme Sens, *art.* 32, qui dit qu'il y a lieu au retrait *quand aucun a propres héritages et choses immeubles*, *ou censées pour immeubles..... et il les vend*, *etc.*

40. Les offices étant réputés immeubles, sont-ils sujets au retrait dans les coutumes qui, comme Sens, assujettissent expressément au retrait *les choses censées immeubles?* Loyseau, *Traité des offices*, tient l'affirmative; et cette opinion a été confirmée par un arrêt du 22 février 1676, au quatrième tome du journal. Mais hors de ces coutumes, les offices, même domaniaux, ne sont sujets au retrait; *Arrêt cité par les annotateurs de Duplessis pour un greffe.* Dans les coutumes où ils sont sujets au retrait, ce ne peut être que pendant que l'acheteur de l'office n'en a pas encore été pourvu. Lorsque l'acheteur a été une fois pourvu, il ne peut plus être sujet au retrait: tenant son office du roi, il ne peut plus en être dépossédé, et le sceau de ses provisions purge tous les droits que des tiers peuvent avoir par rapport à l'office.

41. Même dans ces coutumes, les créances de somme d'argent, quoique immobilisées, par des stipulations de propre à l'un des futurs, et à ceux de son côté et ligne,

portées par des contrats de mariage, ne sont pas sujettes au retrait; car les fictions résultantes des conventions, n'ayant d'effet que pour le cas pour lequel elles ont été faites, ces stipulations de preuve ne peuvent faire regarder ces créances comme immeubles et comme propres pour le cas de retrait lignager, n'ayant point été faites pour ce cas.

42. Quelque précieux que soient les meubles, ils ne sont pas sujets au retrait lignager; *Ordonnance de la marine, t.* 10, *art.* 1.

43. Quoiqu'une universalité de meubles tienne quelque chose de la nature des immeubles, suivant cette régle, *Universitas mobilium sapit quid immobile;* néanmoins des droits successifs, lorsque la succession est toute mobiliaire, ne sont pas sujets au retrait lignager lorsqu'ils sont vendus. La coutume de Sedan, qui les y assujettit, est exorbitante du droit commun.

Mais s'il y avoit des héritages dans la succession dont les droits sont vendus à un étranger, il y auroit lieu au retrait pour ces héritages. Grimaudet, IV, 21, prétend même que les héritages attirent en ce cas les meubles, et que tout est sujet au retrait; ce que je ne crois pas.

Au contraire la coutume d'Auvergne dit indistinctement qu'il n'y a pas retrait en vente de succession. L'article 23 du titre 23 s'exprime ainsi : *En choses meubles, noms, dettes et actions, retenue n'a point lieu, ne aussi en vendition de succession universelle.*

La vente de droits successifs étant sujette au retrait pour raison des immeubles de la succession, lorsque l'un des héritiers a vendu à un étranger ses droits successifs, ou le retrait s'exerce avant le partage, ou après. Lorsqu'il s'exerce après le partage, le retrait est des immeubles échus au lot de cet acquéreur étranger, à la charge du remboursement du prix de la cession, et des retours dont ledit lot seroit chargé envers les autres lots, au prorata de ce que les immeubles compris audit lot en doivent porter; pourquoi ventilation doit être faite du prix desdits

meubles sujets au retrait, et de celui des meubles compris audit lot, lesquels n'y sont pas sujets. Lorsque le retrait s'exerce avant le partage, on doit surseoir à y faire droit jusqu'après le partage, auquel partage le retrayant doit être appelé.

44. Quoique des bois qui sont encore sur pied, et des fruits qui sont encore pendants par les racines sur mon héritage, en fassent partie ; néanmoins la vente que je fais de ces bois à un marchand pour les abattre, de même que la vente que je fais de ces fruits pendants par les racines, ne peut passer pour une vente d'*héritage*, qui puisse donner lieu au retrait lignager, parceque l'acheteur ne pouvant par cette vente devenir propriétaire de ces bois ou de ces fruits que je lui ai vendus, qu'après qu'il les aura séparés de la terre, et qu'ils seront devenus meubles, cette vente ne fait passer hors de ma famille que des meubles ; elle n'est qu'une vente de meubles, qui ne peut donner lieu au retrait. La coutume de Sens, *art.* 65, en a une disposition. La coutume de Normandie s'est écartée de ces principes, et elle assujettit au retrait la vente d'un bois de haute futaie, quoique vendu pour être coupé, pourvu que, lors de la *clameur*, c'est-à-dire de la demande en retrait, il soit encore sur pied; mais cette disposition étant contre les principes généraux, ne doit pas avoir lieu hors du territoire. Par la même raison, on doit rejeter l'opinion de Lhoste, qui, dans son Commentaire sur la coutume de Montargis, prétend que les héritiers présomptifs du vendeur doivent être admis au retrait d'une vente de futaie sur pied, en s'obligeant de ne la pas abattre; car, ou cette futaie est considérée comme devant être abattue, et en ce cas ce n'est que la vente d'un meuble, qui ne donne pas lieu au retrait; ou on la considère comme devant rester sur pied, et en ce cas ce n'est pas ce qui a été vendu, puisque ce n'est que la coupe qui devoit s'en faire qui a été vendue; d'ailleurs ce retrait contient une espèce d'attente de la succession du vendeur, qui est indécente et contraire aux bonnes mœurs.

45. Il y a lieu dans cette espéce aux mêmes présomptions de fraude que dans celle du *n.* 33, *suprà.* C'est pourquoi, si après la vente de la coupe de bois sur pied, ou des fruits pendants, on vendoit, pendant que les bois ou les fruits sont sur pied, l'héritage à la même personne, ou à une autre qui peut paroître être par elle interposée, les deux ventes seroient censées n'en être qu'une, et il y auroit lieu au retrait, tant de l'héritage que des fruits.

ARTICLE II.

Quelle qualité doivent avoir les héritages pour être sujets au retrait lignager.

46. Le plus grand nombre des coutumes s'expliquent sur la qualité de propre que doivent avoir les héritages dont elle accorde le retrait à la famille du vendeur : de ce nombre sont celles de Paris et d'Orléans.

Quelques coutumes accordent en termes exprès à la famille du vendeur le retrait même des acquêts ; telle est celle de Normandie.

On fait cette question dans les coutumes qui ne disent pas si l'héritage doit être propre, et si le retrait a lieu même pour les acquêts : Les acquêts sont-ils sujets au retrait? On peut dire pour la négative, que le grand nombre des coutumes qui n'accordent le retrait que des propres, paroissent former un droit commun qui doit être observé dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. D'un autre côté, pour l'affirmative, on peut dire qu'on ne doit rien suppléer aux coutumes ; qu'on ne doit pas par conséquent exiger que les héritages dont elles accordent le retrait soient des propres, lorsqu'il ne paroît pas par le texte de la coutume qu'elle ait exigé qu'ils eussent cette qualité : c'est l'avis de Grimaudet. On doit, sur ces questions, s'informer de l'usage qui s'observe dans la province : *Optima legum interpres consuetudo.*

47. Dans cette matière de retrait lignager, le terme de *propre* a une signification bien plus étendue que dans les

autres matières. On n'entend ordinairement par héritages propres que ceux qui nous sont avenus par succession directe ou collatérale, ou par donation de quelqu'un de nos ascendants. Ces donations étant réputées tenir lieu de la succession, ceux que nous tenons à titre de donation ou de legs, d'autres que de nos ascendants; même ceux que nous tenons de nos ascendants à titre de vente, sont acquêts en notre personne, quoiqu'ils fussent propres en la personne de celui qui nous les a vendus ou donnés; nous en pouvons disposer comme de tout autre acquêt, et c'est notre héritier aux acquêts qui y succède. Mais il en est autrement en matière de retrait lignager. Quand un héritage a une fois fait souche dans une famille, il continue d'être regardé comme un héritage propre, et sujet au retrait, lorsque je le revends, tant qu'il n'est pas sorti de famille, quoiqu'il soit passé à une personne de la famille à un titre qui fait des acquêts, comme lorsque je l'ai acheté d'un de mes parents. La coutume de Paris, *art.* 123, en a une disposition précise; elle dit : « *Si aucune personne ac-* « *quiert* un héritage propre de son parent, du côté et ligne « dont il est parent, et il vend ledit héritage, tel héritage « chet en retrait. » La raison est, que l'héritage ayant une fois fait souche dans la famille, et ayant été affecté envers la famille au droit de retrait lignager, lorsqu'il sortiroit de la famille par vente; il ne doit pas être au pouvoir de quelqu'un de la famille, en acquérant cet héritage, de dépouiller la famille de ce droit de retrait lignager qui lui a été acquis. C'est pourquoi, bien que cet héritage, quant à toute autre matière, devienne acquêt en la personne de ce parent, il demeure toujours sujet au droit de retrait lignager envers la famille, lorsque lui ou ses successeurs de la famille l'en feront sortir à titre de vente.

48. Il n'importe à quel titre j'ai acquis de mon parent un héritage propre. Lorsqu'il m'a été donné ou légué, de même que lorsque je l'ai acheté, il est sujet au retrait lignager quand je le vends. Le terme *acquiert*, dont se sert la coutume de Paris en l'article ci-dessus cité, est un

terme général qui comprend tous les titres d'acquisition, la donation et les legs, aussi bien que l'achat; et il y a même raison à l'égard de tous ces titres. La coutume de Meaux confirme cette interprétation : après avoir dit en l'article 150, *Le retrait y est tant seulement en héritages propres, et non pas ès acquêts;* elle ajoute, *toutes fois si père ou autre lignager* DONNE, ou cède, *ou* VEND *son héritage propre à un lignager, lequel après le don ou revendication le vend à aucun étranger, il chet en retrait, combien que ce soit acquêt.* Cela néanmoins a fait difficulté autrefois. Les annotateurs de Duplessis prétendent, au contraire, que l'article 133 de la coutume de Paris n'a lieu que lorsqu'un lignager revend l'héritage qui lui a été vendu par un de la famille, et non lorsqu'il vend un héritage qu'il a acquis, à la vérité de son parent, mais à un titre qui n'étoit pas sujet au retrait, *putà*, à titre de donation; et ils citent un arrêt de 1633 qui l'a ainsi jugé, lequel arrêt est rapporté par Brodeau sur Louet, *chap.* 2, *n.* 10. Voici le raisonnement sur lequel ils fondent cette distinction. Lorsqu'un parent vend un héritage propre de la famille à son parent, c'est un titre qui donne ouverture au retrait, et le retrait n'est en ce cas empêché que par la qualité de lignager qu'a l'acquéreur : dès que cet empêchement est ôté, le droit de retrait doit renaître. Mais lorsque c'est à titre de donation qu'un parent a acquis de son parent son héritage propre, ce n'est pas la qualité de la personne de l'acquéreur qui empêche le retrait, mais la nature du titre; par conséquent le droit de retrait est perdu pour la famille pour toujours. Ce raisonnement ne vaut rien. Il n'est pas vrai que la vente faite à un parent ait donné ouverture au retrait, qui n'ait été empêché que par la qualité de l'acheteur, et qui doit renaître lorsque cet empêchement est ôté par la revente qu'en fait cet acheteur hors de la famille; car lorsqu'il le revend, ce n'est pas sur la vente qui en a été faite que le droit de retrait a lieu, mais sur la seconde vente qu'il fait. Il est donc indifférent quel ait été son titre, puisque ce n'est pas ce titre, mais la seconde vente qui

donne ouverture au retrait. C'est pourquoi, nonobstant l'avis des annotateurs, et l'arrêt par eux rapporté, il faut décider indistinctement qu'il y a lieu au retrait lorsque quelqu'un vend un héritage ancien de sa famille, à quelque titre qu'il lui soit avenu. Aussi depuis on a jugé par arrêt du 21 mars 1713, rapporté au sixième tome du Journal des audiences, qu'il y avoit lieu au retrait d'un héritage qui avoit été donné au vendeur par son parent collatéral; et c'est à cette dernière jurisprudence qu'il faut s'en tenir.

49. Cette disposition de la coutume de Paris, qui conserve à l'héritage qui est devenu propre d'une famille et sujet au retrait, cette qualité tant qu'il demeure dans cette famille, et quoiqu'il soit passé à quelqu'un de cette famille à un titre qui fait des acquêts, se trouve aussi dans quelques autres coutumes, telles que Péronne, *art.* 253 *et* 254; Senlis, Melun, etc.

La jurisprudence des arrêts l'a étendue aux coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. Il a été jugé par arrêt de 1738, rapporté dans nos notes sur l'*article* 379 de notre coutume d'Orléans, qu'elle avoit lieu dans notre coutume d'Orléans, quoiqu'elle ne se fût expliquée que sur le cas auquel l'héritage seroit avenu à un lignager par un retrait qu'il auroit exercé, et qu'elle ne se soit pas expliquée sur celui auquel il l'auroit acheté directement de son parent.

50. Un héritage acquis pendant la continuation de communauté entre un père et ses enfants, est, pour la part des enfants, un acquêt en la personne de ses enfants.

51. Un héritage qui étoit un pur acquêt en la personne du défunt, devient un héritage propre en la personne de son héritier, quand même il ne seroit héritier que sous bénéfice d'inventaire. C'est pourquoi la vente qui en est faite sur lui est la vente d'un héritage propre, qui donne ouverture au retrait.

52. Si la succession n'étoit pas acceptée, la vente de cet acquêt, qui seroit faite sur un curateur à la succession vacante, ne donneroit pas lieu au retrait; *Paris, art.* 152;

car cette vente n'est que la vente d'un acquêt; ne s'étant pas trouvé d'héritier en la personne de qui l'héritage ait passé, il n'est pas devenu propre.

Mais si cet héritage étoit déja propre en la personne du défunt, la vente qui en seroit faite sur un curateur à la succession vacante seroit la vente d'un propre qui donneroit lieu au retrait, de même que si le défunt l'eût vendue de son vivant; car étant représenté par sa succession vacante, suivant cette régle, *Hæreditas jacens vicem personæ defuncti sustinet*, il est censé l'avoir vendu par la vente qu'en a faite le curateur de sa succession.

53. De même qu'un acquêt du défunt devient propre en la personne de son héritier, de même un héritage acquêt donné ou légué à un enfant, devient propre à cet enfant, les donations et les legs faits aux enfants étant censés tenir lieu de la succession.

Il n'en est pas de même si la donation ou le legs sont faits à un collatéral. L'héritage n'est qu'un acquêt du donataire, qui n'est pas sujet au retrait. Mais si l'héritage donné étoit un propre du donateur, il conserveroit, quant à la matière du retrait lignager, sa qualité de propre, quoiqu'il fût passé au donataire par un titre qui fait des acquêts, comme il a été vu ci-dessus.

54. Les héritages compris dans une substitution, qui étoient acquêts en la personne de l'auteur de la substitution, sont propres en la personne du substitué qui a recueilli la substitution, qu'elle qu'ait été la personne grevée par le canal de laquelle ils lui sont venus, lorsque ce substitué est un des descendants de l'auteur de la substitution; car ce n'est pas du grevé, mais de l'auteur de la substitution, que le substitué tient les biens compris en la substitution; son titre est une donation en ligne directe qui tient lieu de succession.

Mais si les substitués ne sont que des collatéraux de l'auteur de la substitution, quand même le grevé par le canal de qui ils ont recueilli la substitution seroit leur père, les acquêts de l'auteur de la substitution ne devien-

nent pas propres en la personne des substitués; car la substitution est à leur égard une donation en collatérale.

Nec obstat qu'il n'y a pas lieu en ce cas au profit de rachat, comme nous l'avons décidé en notre *Introduction au titre des fiefs de la coutume d'Orléans*, *n.* 188. La raison de différence est, que ce n'est pas le titre qui donne ouverture au profit de rachat, mais seulement le fait de la mutation; au lieu que c'est la nature du titre auquel un héritage est avenu à quelqu'un, qui régle la qualité de propre ou d'acquêt.

55. Un héritage m'est propre et est sujet au retrait lignager, non seulement quand c'est cet héritage lui-même qui m'est avenu par la succession de mon parent, mais même dans le cas où je n'ai succédé qu'au droit qu'avoit mon parent de se le faire donner, et qu'en vertu de ce droit j'en suis devenu propriétaire ; car je suis censé avoir succédé à l'héritage en succédant à ce droit, qui, s'étant depuis terminé à l'héritage, devoit être, par anticipation, considéré comme l'héritage même, suivant la régle : *Qui actionem habet, ipsam rem habere videtur.*

56. Tout ce qui est uni par une union réelle à un héritage, est propre et sujet au retrait, de même que l'héritage auquel il est uni. Tels sont les édifices construits sur un terrain propre; car ces édifices n'étant que des accessoires du terrain sur lequel ils sont construits, et ne pouvant subsister séparément, ils ne peuvent avoir une qualité d'acquêt qui leur soit particulière ; ils ne peuvent avoir que les mêmes qualités qu'a la chose principale dont ils font partie. Il en est de même de ce qui est accru à mon héritage par alluvion; n'en étant propriétaire que *jure fundi*, et comme d'un accessoire de mon héritage, il ne peut avoir d'autres qualités que celles qu'a mon héritage.

Il en est autrement lorsque l'union n'est qu'une union civile. Par exemple, lorsque j'ai acquis une métairie relevante de mon fief propre, quoique par l'acquisition il se fasse une réunion de fief, et que cette métairie ne compose plus qu'un seul et même fief, avec mon fief de qui elle

relevoit, néanmoins elle sera un acquêt, et ne sera pas sujette au retrait lignager; car il ne se fait d'union que du fief; ces héritages n'en sont pas moins des corps distingués et séparés, dont je suis propriétaire à des titres différents, qui peuvent par conséquent avoir des qualités différentes.

On doit dire la même chose de l'union de simple destination. Lorsque j'achète un lot de terre enclavé dans celles d'une métairie de mon propre, pour le réunir à cette métairie, ce lot de terre n'en sera pas moins un acquêt; car il est aussi distingué et séparé des autres terres de ma métairie, qu'il l'étoit avant que je l'eusse acquis; et c'est à un différent titre que j'en suis le propriétaire.

57. Ce qui reste d'un héritage propre conserve sa qualité de propre, pourvu qu'il conserve la qualité d'immeuble. Par exemple, si ma maison propre a été incendiée, non seulement la place retient sa qualité de propre; les matériaux qui en ont été détachés, tant qu'ils conservent la qualité d'immeubles par leur destination à rentrer dans la reconstruction de la maison, conservent aussi la qualité de propres. C'est pourquoi si je vends la place avec les matériaux, ils seront, aussi bien que la place, sujets au retrait lignager; mais si je les vendois sans la place, il n'y auroit pas lieu au retrait, parceque n'étant plus destinés à entrer dans la reconstruction de la maison, ils ne sont plus immeubles, ni par conséquent propres.

58. Tous les droits que j'ai retenus dans mon héritage propre, par l'aliénation que j'en ai faite, sont des propres de même nature que l'étoit l'héritage, et sont par conséquent pareillement sujets au retrait lignager. Par exemple, si j'ai aliéné mon héritage propre par bail à cens, bail à champart, ou bail à rente foncière, le droit de cens, de champart, ou de rente foncière que je me suis retenu dans cet héritage, sera propre et sujet au retrait lignager, de même que l'étoit l'héritage.

Pareillement les droits que j'ai retenus ou conservés par rapport à mon héritage propre, lorsque je l'ai aliéné, tels

que sont les droits rescisoires, le droit de réméré, etc., sont propres et sujets au retrait lignager comme l'étoit l'héritage.

59. Enfin les héritages subrogés à l'héritage propre que j'ai aliéné, ont, par la fiction de la subrogation, la même qualité de propres qu'avoit l'héritage que j'ai aliéné, auquel ils sont subrogés, et ils sont sujets au retrait lignager. Cette subrogation a lieu lorsque j'ai acquis cet héritage immédiatement pour et à la place de mon héritage propre, comme lorsque je l'ai acquis en échange de mon héritage propre. Mais si j'avois vendu mon héritage propre pour une certaine somme d'argent, à la charge de l'employer en l'acquisition d'un autre héritage; quoique, par l'acquisition que j'ai faite d'un autre héritage, j'aie déclaré que les deniers pour lesquels je l'acquérois sont les mêmes qui proviennent du prix de l'héritage propre que j'ai vendu, et que j'entends acquérir celui-ci pour tenir lieu de celui que j'ai vendu, cet héritage ne laisseroit pas d'être un acquêt qui ne seroit pas sujet au retrait lignager; car il ne me tient pas lieu immédiatement de mon héritage propre que j'ai vendu, mais plutôt du prix pour lequel je l'ai vendu; *voyez notre Introduction générale à la coutume d'Orléans*, *n.* 85 *et suiv.*

60. Lorsque j'ai acquis un héritage en échange d'une rente propre, quoique cet héritage acquière par la subrogation la qualité de propre de succession et de disposition de la ligne dont la rente m'étoit provenue, il n'aura pas la qualité de propre de *retrait*, et n'y sera pas sujet; car la rente dont il me tient lieu n'étoit pas sujette au retrait, et une chose ne peut acquérir par la subrogation d'autres qualités que celles qu'avoit la chose à laquelle elle est subrogée. C'est l'avis de Laurière sur l'*art.* 143 de Paris. Par la même raison, lorsque cet héritage sera passé dans ma succession à mon héritier, il deviendra à la vérité sujet au retrait lignager, mais il ne sera réputé pour le retrait que propre naissant.

Vice versâ, lorsque j'acquiers une rente par échange de

mon héritage propre, cette rente n'est pas sujette au retrait; car elle ne peut acquérir par la subrogation une qualité dont elle n'est pas susceptible.

61. Lorsqu'un héritage propre a perdu sa qualité de propre en sortant de la famille par l'aliénation que j'en ai faite à un étranger, quoique j'en redevienne propriétaire par un nouveau titre d'acquisition, *putà*, par la vente ou par la donation que m'en ont faite celui à qui je l'avois vendu ou ses successeurs; il ne reprend pas son ancienne qualité de propre, mais il est acquêt, et non sujet au retrait; *Bouguier*, *l. R. n.* 8. Pareillement, si après avoir aliéné un propre paternel, j'en redeviens propriétaire à titre de succession d'un parent maternel à qui il étoit passé, il ne reprend pas sa qualité de propre paternel qu'il avoit lorsque je l'ai aliéné; et il est propre maternel et sujet au retrait lignager, en faveur de ma famille maternelle seulement.

62. Mais lorsque je redeviens propriétaire de l'héritage propre que j'avois aliéné, non en vertu d'aucun nouveau titre, mais par la rescision de l'aliénation que j'en avois faite, ou même seulement par la résolution et cessation de cette aliénation, cet héritage me rentre tel qu'il étoit, et avec toutes les qualités qu'il avoit lorsque je l'ai aliéné; par conséquent avec celle de propre et de sujet au retrait, s'il avoit lors cette qualité; *Introduction à la coutume d'Orléans*, *n.* 72. Par exemple, si je suis rentré dans un héritage que j'avois vendu, par des lettres de rescision obtenues contre cette vente, ou en vertu d'une clause de réméré portée par le contrat; ou lorsqu'ayant donné un héritage, j'y rentre pour cause de survenance d'enfant; en tous ces cas et autres semblables, l'héritage dans lequel je rentre reprend la qualité de propre qu'il avoit, et est sujet au retrait lorsque je le vendrai.

63. Il pourroit paroître y avoir plus de difficulté lorsque la résolution du titre d'aliénation se fait *ex novâ causâ et voluntariâ*. Par exemple, lorsqu'après avoir vendu un héritage, et en avoir mis l'acheteur en possession, j'y

rentre en vertu d'une convention par laquelle cet acheteur, qui n'avoit pas encore payé le prix, convient avec moi de se désister de son achat, cette nouvelle convention pourroit paroître un nouveau titre d'acquisition qui rendroit cet héritage acquêt; néanmoins il faut décider que cette convention n'est pas une nouvelle vente qui me soit faite de cet héritage par celui qui l'avoit acheté de moi, mais une simple résolution et extinction de celle que je lui en avois faite. C'est ce qui résulte de l'*article* 112 *d'Orléans*, qui décide que cette convention ne donne pas lieu à un nouveau profit; ce qui suppose qu'elle ne contient pas une nouvelle vente, mais une simple résolution de celle que j'en avois faite: d'où il suit que je redeviens propriétaire de l'héritage au même titre auquel je l'étois lorsque je l'ai aliéné, et que cet héritage doit reprendre la même qualité de propre qu'il avoit.

64. Si c'étoit un père qui eût vendu et aliéné cet héritage, et que comme héritier de mon père, j'y fusse rentré en vertu de la convention que j'aurois eue avec l'acheteur qui n'en avoit pas encore payé le prix, par laquelle il se seroit désisté de son achat; la vente que mon père avoit faite de cet héritage se trouve résolue par cette convention; l'héritage reprend la qualité qu'il avoit d'acquêt de mon père, et devient en ma personne propre paternel, sujet au retrait; car les acquêts d'un défunt sont propres en la personne de leurs héritiers. On opposera peut-être que cet héritage ne s'étant pas trouvé dans la succession de mon père, qui l'avoit aliéné avant sa mort, je ne puis être censé le tenir de la succession de mon père. La réponse est, que si je n'ai pas trouvé l'héritage même dans la succession, j'y ai trouvé l'action *ex vendito*, qui, n'étant d'abord qu'une action mobiliaire *ad pretium consequendum*, s'est, par la convention que j'ai faite avec l'acheteur, convertie en une action pour rentrer dans l'héritage, et s'est effectivement terminée à l'héritage dans lequel je suis rentré; ce qui suffit pour que cet héritage soit censé m'être venu de la succession de mon père; *suprà*, *n.* 55. D'ailleurs,

on ne peut nier que je ne tienne de la succession de mon père un héritage dans lequel je ne suis rentré qu'en qualité d'héritier de mon père.

65. Lorsque je rentre dans un héritage propre en vertu d'une sentence qui déclare la donation que j'en avois faite révoquée pour cause d'ingratitude du donataire, on doit pareillement décider qu'il reprend la qualité de propre sujet au retrait; car je rentre plutôt que je n'acquiers.

66. Il en est autrement lorsque j'ai vendu mon héritage avec la clause que j'aurois le droit de refus lorsqu'il seroit revendu, et que j'ai exercé ce droit sur un acheteur à qui il a été revendu; car, en ce cas, ce n'est pas par la résolution de la vente que j'avois faite, que j'en redeviens propriétaire, mais c'est par un nouveau titre d'acquisition, savoir, par la vente faite à celui sur qui j'ai exercé le droit de refus, aux droits duquel je suis subrogé.

Voyez plusieurs autres questions sur la matière des propres, *en notre Introduction générale sur la coutume d'Orléans.*

ARTICLE III.

Si les choses qui par elles-mêmes ne sont pas sujettes au retrait, y deviennent sujettes lorsqu'elles sont vendues par un même marché avec un héritage qui y est sujet.

67. Suivant le droit commun, les choses qui ne sont pas par elles-mêmes sujettes au retrait lignager, n'y deviennent pas sujettes, quoiqu'elles soient vendues par un même marché avec un héritage qui y est sujet. C'est pourquoi l'acquéreur assigné en retrait n'est tenu de délaisser au retrayant que l'héritage de sa ligne, et il est le maître de retenir, si bon lui semble, les autres choses, quoique comprises dans le même marché. Plusieurs coutumes en ont des dispositions, comme Meaux, 104; Melun, 140; Mantes, 87; Péronne, 246; Touraine, 174, et plusieurs autres. Ce droit doit être suivi dans les autres coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, non seulement parcequ'il est autorisé par le plus grand nombre des coutumes, mais

parcequ'il est fondé sur une raison évidente, que le lignager ne peut avoir de droit que sur les héritages de sa ligne, sur lesquels la loi le lui accorde, et non sur les choses sur lesquelles la loi ne le lui a pas accordé.

68. Me Guyot, *Traité des fiefs*, apporte une exception à ce principe, à l'égard des meubles destinés à l'exploitation d'une métairie, comme sont les cuves, les bestiaux, et meubles aratoires. Il veut que lorsqu'ils ont été vendus avec la métairie, le lignager puisse les retenir avec la métairie, malgré l'acquéreur. Cette opinion, qui est adoptée par le commentateur de la Rochelle, est assez plausible. Il y a une espèce d'intérêt public que ces meubles ne soient pas séparés de la métairie à l'exploitation de laquelle ils servent, cette séparation étant préjudiciable à la culture des terres. Cette raison d'intérêt public paroît avoir servi de fondement à l'*ordonnance des substitutions*, *p.* 1, *art.* 6, et il peut pareillement servir de fondement à cette décision. Ajoutez que l'acquéreur n'ayant pas ordinairement intérêt de conserver ces meubles, lorsqu'il ne conserve pas la métairie, ce ne seroit que par une mauvaise humeur qu'il en refuseroit le retrait.

69. A l'égard des autres meubles, quoique le lignager ne puisse pas obliger l'acquéreur à lui délaisser ces choses avec l'héritage sujet au retrait, si l'acquéreur ne le veut, l'acquéreur ne peut-il pas, pour son indemnité, obliger le retrayant à retirer tout ce qui est compris au marché, ou rien? C'est une question que nous traiterons au chapitre cinquième.

70. Notre coutume d'Orléans, *art.* 395, s'est écartée du droit commun. Elle donne au lignager le droit de retirer tout ce qui a été vendu par un même marché, et pour un même prix, avec l'héritage de sa ligne: le droit de retrait étant le droit qu'a le lignager de se faire subroger au marché de l'acquéreur étranger, lorsque l'héritage de sa ligne est vendu, elle a tiré cette conséquence, que n'y ayant qu'un marché par lequel son héritage étoit vendu avec les autres choses, le lignager avoit droit d'être subrogé à ce

marché tel qu'il est, et par conséquent de le prendre en entier, et de retirer tout ce qui y étoit compris; *voyez ledit article* 395, *et nos notes sur icelui.*

71. Si un héritage de ma ligne, situé à Orléans, a été vendu pour un même prix avec un autre héritage qui n'est pas de ma ligne, situé sous une autre coutume qui n'a pas une pareille disposition, puis-je, en exerçant le retrait de l'héritage qui est de ma ligne, retirer aussi l'autre héritage que l'acquéreur veut retenir? Non; car les coutumes n'ayant d'empire que sur les héritages situés dans leur territoire, notre disposition de la coutume d'Orléans n'a pu assujettir au retrait un héritage situé sous une autre coutume.

Par une semblable raison, si mon parent parisien a vendu un héritage de ma ligne, situé à Orléans, avec plusieurs effets mobiliers, par un même marché, je ne pourrai pas, en exerçant le retrait de l'héritage, retirer aussi les meubles que l'acquéreur veut retenir; car la coutume d'Orléans ne peut rendre retrayables que les choses sur lesquelles elle a empire, ou par rapport à elles-mêmes, lorsqu'elles ont une situation; ou par rapport à la personne à qui elles appartiennent, lorsque ce sont des choses mobiliaires, qui, n'ayant pas de situation, sont régies par la loi qui régit la personne à qui elles appartiennent; d'où il suit que la coutume d'Orléans n'a pu rendre retrayables ces meubles, qui ont été vendus par un Parisien, qui n'est pas soumis à son empire.

72. *Quid, vice versâ*, si c'est un parent orléanais qui a vendu un héritage de ma ligne, situé à Paris, avec des meubles, et avec des acquêts situés à Orléans: pourrai-je en ce cas, en exerçant le retrait de l'héritage de ma ligne, retirer aussi toutes ces choses? Non; car la coutume d'Orléans n'accorde pas le retrait de ces choses *principaliter*, et par elles-mêmes, mais en tant qu'elles sont comprises dans un même marché avec un héritage dont elle accorde le retrait. Or, dans cette espèce-ci, ce n'est pas la coutume d'Orléans qui m'accorde le retrait de l'héritage de ma ligne, qui est

hors de son territoire; elle ne m'accorde donc pas non plus le retrait du surplus.

CHAPITRE IV.

Des contrats et actes qui donnent ouverture au retrait lignager, et de quand.

73. Les contrats qui donnent ouverture au retrait, sont le contrat de vente, les contrats ou actes équipollents à vente, ou dans lesquels la nature du contrat de vente prédomine.

ARTICLE PREMIER.

Du contrat de vente.

74. La vente d'un héritage donne lieu au retrait, soit que ce soit le propriétaire de cet héritage qui ait été lui-même le vendeur, soit qu'il ait seulement consenti à la vente qui en a été faite par un autre; car quoique vendre, et consentir simplement à une vente, soient choses différentes, suivant la régle, *Aliud est vendere*, *aliud venditioni consentire*, en ce que l'obligation de garantie n'est contractée que par le vendeur, et non par celui qui n'a fait que consentir à la vente; néanmoins, pour le cas du retrait lignager, c'est la même chose, parceque celui qui consent à la vente de son héritage faite par un autre à un étranger, ne l'aliéne pas moins, et ne le met pas moins hors de sa famille, par cette vente à laquelle il consent, que s'il étoit lui-même le vendeur; ce qui est là seule chose que l'on considère en fait de retrait lignager.

75. Les ventes forcées, aussi bien que celles qui sont volontaires, donnent ouverture au retrait.

Par exemple, si une personne, par son testament, a chargé son héritier de vendre à Pierre un certain héritage, la vente que cet héritier fera de cet héritage à Pierre

donnera ouverture au retrait lignager, quoiqu'elle ne soit pas volontaire, l'héritier étant obligé par le testament à vendre.

Cette décision a sur-tout lieu lorsque l'héritage dont le défunt a ordonné la vente est un héritage qui lui étoit propre; car n'ayant pu lui-même vendre cet héritage sans donner ouverture au retrait, il n'a pas pu, en le faisant vendre par son héritier, frustrer sa famille du retrait.

Il faut décider la même chose dans le cas auquel l'héritage auroit été un acquêt du défunt; car quoique le défunt eût pu le vendre sans donner ouverture au retrait, cet héritage étant devenu propre en la personne de son héritier, la vente qu'en fait l'héritier est la vente d'un propre qui donne lieu au retrait. Pour empêcher le retrait, il eût fallu que le testateur, au lieu d'ordonner la vente de cet héritage, l'eût légué directement au légataire, à la charge de donner une certaine somme à son héritier.

76. On a douté si la vente par décret sur une saisie réelle étoit sujette au retrait: la coutume de Paris, *art.* 150, décide qu'elle y est sujette; un très grand nombre de coutumes ont la même disposition; Meaux, Melun, Sens, Auxerre, Étampes, Dourdan, Montfort, Mantes, Troyes, Laon, Reims, Duché de Bourgogne, Nivernois, Berry, Auvergne, la Marche, Poitou, Angoumois et plusieurs autres.

On doit décider la même chose dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. La raison est, qu'une vente, quoique faite par décret, est une vraie vente par laquelle le débiteur saisi aliène à l'adjudicataire son héritage propre. Il est vrai qu'elle n'est pas volontaire; mais la loi qui accorde le retrait, l'ayant indistinctement accordé, elle embrasse dans sa disposition toutes les ventes, celles qui sont forcées, comme les volontaires: *Ubi lex non distinguit, nec nos debemus distinguere.* D'ailleurs le grand nombre des coutumes qui ont décidé en ce cas pour le retrait forment un droit commun, qui doit être suivi dans celles qui ne s'en sont pas expliquées.

Il y a un très petit nombre de coutumes qui se sont écartées du droit commun, et qui ont excepté de la loi du retrait lignager les ventes par décret : notre coutume, *art.* 400, est de ce nombre. La coutume de Tours, *art.* 180, a une pareille disposition ; et Dumoulin, en sa note sur cet article, dit qu'elle est fondée sur une raison de commisération pour le débiteur saisi, afin que l'héritage s'en vende mieux.

Cette disposition ne doit pas être bornée au seul décret solennel. La vente qui est faite des biens d'un débiteur sur une affiche et trois publications, est pareillement exceptée du retrait; il y a même raison: la jurisprudence en est constante dans notre coutume. L'auteur des notes de 1711 sur notre coutume d'Orléans rapporte plusieurs sentences qui l'ont jugé. Mais cette exception ne s'étend point aux adjudications qui se font en justice sur des licitations où les enchères étrangères sont reçues, et qui sont faites à un étranger, ni à toutes les autres ventes forcées, telle qu'est celle dont il est mention au *n.* précédent.

77. Dans les coutumes qui portent qu'*héritage vendu par décret n'est pas sujet à retrait*, si un acheteur fait sur lui un décret volontaire qui soit mis à chef avant l'expiration du temps du retrait auquel la vente qui lui a été faite a donné ouverture; l'acheteur, quoiqu'adjudicataire par ce décret, ne laisse pas d'être sujet au retrait pendant le temps qui en reste à expirer; car, dans ces coutumes, le décret ne donne pas à la vérité par lui-même ouverture au retrait, mais il n'empêche pas celui auquel a donné ouverture une vente volontaire, dont il n'est que la confirmation; *Orléans, art.* 401.

78. Les ventes faites pour cause d'utilité publique ne sont pas sujettes au retrait lignager; l'intérêt de la famille dans le retrait, n'étant qu'un intérêt de particuliers, doit céder à un intérêt public.

ARTICLE II.

Quels sont les contrats qui sont équipollents à vente.

§. I. Du contrat à rente viagère.

79. Il n'est pas douteux que le contrat par lequel on vend un héritage pour une rente viagère, soit un contrat au moins équipollent à vente, et même un vrai contrat de vente, la rente viagère qui a fait le prix dans ce contrat étant un prix qui consiste en argent.

Cette décision a lieu, quand même le contrat seroit qualifié de donation, lorsque la rente viagère excède notablement le revenu de l'héritage; car la rente, en ce cas, est le prix de l'héritage. Mais si la rente est à peu près d'égale valeur au revenu, la rente pourroit être regardée comme étant le prix de la jouissance de l'héritage, que le donateur pouvoit se retenir plutôt que le prix de l'héritage même; et par conséquent l'acte pourroit passer pour une donation qui n'est pas sujette au retrait.

Sur la question, si le retrait peut s'exercer sur un contrat à rente viagère, après la mort de celui sur la tête de qui la rente est créée, *voyez notre Introduction au titre des fiefs*, *n.* 246.

§. II. De l'échange contre des choses mobiliaires.

80. L'échange d'un héritage contre des choses mobiliaires est regardé comme contrat équipollent à vente; et Dumoulin, *in Cons. Paris.*, §. 20, *gl.* 5, *n.* 49, décide qu'il donne lieu au retrait. Il y en a une raison évidente, qui est que ces choses, qui sont d'un commerce journalier, étant facilement convertibles en argent, donner un héritage pour des choses de cette espèce, c'est presque la même chose que de le donner pour de l'argent, et de le vendre. Sans cela les acheteurs pourroient éluder la loi du retrait quand bon leur sembleroit, rien n'étant plus facile

que de donner, au lieu d'argent, des marchandises au vendeur, qui les revendroit, et les convertiroit aussitôt en argent.

Dumoulin, *ibid.*, excepte de sa décision * l'échange contre quelques meubles rares et précieux; car une telle chose n'étant pas facilement convertible en argent, la raison de la décision cesse. Mais comme il peut y avoir d'autres raisons pour lesquelles la jurisprudence a assujetti au retrait l'échange contre des meubles, cette décision de Dumoulin peut souffrir difficulté.

§. III. De la dation en paiement.

81. La dation en paiement est un acte équipollent à vente : *Dare in solutum est vendere;* l. 4, *Cod. de evict.* C'est pourquoi lorsqu'un débiteur donne à son créancier un héritage en paiement d'une somme d'argent ou d'autres choses mobiliaires qu'il lui doit, il y a lieu au retrait. Notre coutume d'Orléans, *art.* 397, en a une disposition.

82. Il en est de même si j'ai donné un héritage à mon créancier pour le rachat d'une rente constituée, ou même pour le rachat d'une rente foncière non rachetable; car, en l'un et en l'autre cas, c'est une vraie dation en paiement de la somme d'argent dont la rente constituée que je devois étoit rachetable, ou de celle dont nous sommes convenus pour le rachat de la rente foncière; *Guyot, Traité des fiefs, tit. du retrait seign., chap.* 4, *n.* 2.

83. Quelque favorable qu'ait été la cause de la dot en paiement de laquelle a été donné l'héritage, la dation en paiement donne ouverture au retrait. C'est pourquoi Grimaudet, *n.* 1, 7, décide qu'il y a lieu au retrait au profit de la famille du mari, lorsqu'on a donné à la femme un héritage propre du mari en paiement de ses deniers dotaux, quand même ce seroit en vertu d'une clause du con-

* La décision et l'exception sont à la vérité dans le cas d'une dation en paiement, mais que Dumoulin compare à l'échange. Il dit : *Sicut nec in verâ permutatione.* Ainsi j'ai pu les appliquer à l'échange.

trat de mariage, qui porteroit que cet héritage lui seroit donné en paiement de ses deniers dotaux.

Il en seroit autrement si le mari avoit ameubli et mis en communauté un de ses propres, et qu'après la dissolution de sa communauté, la femme le prît en paiement de ses reprises; car l'acte par lequel la femme prend cet héritage en paiement, n'est pas proprement un titre d'acquisition. Par cet acte le droit de la femme dans les biens de la communauté, qu'elle conserve nonobstant sa renonciation, jusqu'à concurrence de ce qu'elle a à reprendre sur lesdits biens, se détermine à cet héritage, qui fait partie desdits biens, plutôt qu'elle n'est censée en faire l'acquisition; et c'est pour cette raison que cet acte ne donne pas ouverture au profit des ventes; *Voyez notre Introduction au tit. des fiefs*, *n.* 153.

Mais l'ameublissement que le mari a fait de ce propre, et qui est en ce cas-ci le titre de la femme, ne doit-il pas donner lieu au retrait? C'est ce que nous examinerons *infrà*.

84. La dation en paiement ne donne lieu au retrait que lorsque la chose due en paiement de laquelle l'héritage est donné, est une somme d'argent ou quelque chose de mobilier. Il en seroit autrement si l'héritage étoit donné en paiement d'un autre héritage que je devois : cet acte tiendroit plutôt de l'échange que de la vente, et ne donneroit pas lieu au retrait.

§. IV. Des donations rémunératoires ou onéreuses.

85. La donation d'un héritage, qui est faite pour récompense de services, lorsque ces services sont appréciables à une somme d'argent, pour laquelle celui à qui la donation est faite auroit eu action en justice, est aussi un acte équipollent à vente, et qui donne lieu au retrait; car une telle donation est plutôt dation en paiement que donation.

Cela a sur-tout lieu lorsque la somme à laquelle ces services sont appréciables à prix d'argent, égale la valeur de

l'héritage donné en récompense de ces services; car, en ce cas, il faut convenir que cet acte n'est autre chose qu'une dation en paiement, et qu'il n'a de la donation que le nom : il ne doit pas dépendre des parties, en donnant ce nom à cet acte, de le soustraire au retrait auquel il est naturellement sujet.

Sur le cas auquel le prix des services n'égale pas la valeur de l'héritage, *voyez* infrà, *art. suivant.*

86. Il en est de même des donations onéreuses, lorsque les charges imposées au donataire sont quelque chose d'appréciable à une somme d'argent, sur-tout lorsque cette somme égale la valeur de l'héritage.

Il faut aussi, pour que la donation soit réputée onéreuse et équipollente à vente, que les charges imposées au donataire soient extrinsèques à la chose donnée.

C'est pourquoi la donation d'un héritage qui seroit faite à la charge d'une grosse rente foncière dont cet héritage est chargé, quand même la charge de cette rente absorberoit le prix de l'héritage, n'est pas pour cela réputée une donation onéreuse; cette charge n'étant pas proprement une charge de la donation, mais une charge de la chose, qui suit la chose, et dont le donataire seroit chargé, quand même il n'en seroit rien dit par la donation.

§. V. Du bail à rente rachetable.

87. Le bail à rente rachetable est aussi regardé comme un contrat équipollent à vente, qui donne lieu au retrait : Paris, *art.* 137; Orléans, 397, et plusieurs autres coutumes, en ont des dispositions.

Il sembleroit que ce contrat ne devroit donner ouverture au retrait que lors du rachat; car ce n'est qu'en ce temps qu'il devient équipollent à vente, puisque ce n'est que par le rachat qu'il devient une aliénation à prix d'argent. Néanmoins les coutumes ont voulu qu'il y donnât ouverture dans le temps du bail; autrement les lignagers se trouveroient toujours frustrés de leurs droits, ce rachat de la rente se faisant ordinairement à leur insu. D'ailleurs on peut dire

que ces baux à rente sont en quelque façon, au moins dans le vœu des contractants, des aliénations *à prix d'argent*, l'intention de l'acquéreur étant d'acquérir cet héritage pour la somme dont il a stipulé que la rente seroit rachetable, et le bailleur n'ayant retenu une rente foncière qu'en attendant que l'acquéreur eût payé cette somme. Néanmoins cette raison, si elle n'étoit pas jointe à la première, pourroit bien n'être pas suffisante.

88. Livonière a prétendu que les baux à rente n'étoient vraiment baux à rente rachetable, et sujets en conséquence au retrait, que lorsque cette faculté étoit stipulée par le bail, et non dans le cas auquel le preneur tient cette faculté de la loi, comme dans les baux à rente des maisons de ville. Cette opinion n'est pas suivie. Ces baux à rente ne sont pas moins baux à rente rachetable, et sujets au retrait, que ceux dans lesquels la faculté de racheter est expressément stipulée : on peut même dire qu'ils le sont à plus fort titre, puisque la faculté de racheter, qui ne procède que de la convention, est sujette à prescription. La raison sur laquelle Livonière se fonde, est de dire que le bail à rente rachetable n'étant réputé équipoller à vente que parcequ'il est, dans l'intention des parties, *aliénation à prix d'argent*, par le rachat de la rente que le preneur se propose de faire un jour, cette intention doit être déclarée par le bail. La réponse est, que si dans les baux dans lesquels la loi accorde au preneur la faculté de racheter la rente, cette faculté ne se trouve pas expressément stipulée, c'est parcequ'il est inutile de stipuler ce que la loi accorde : mais le preneur n'en est pas moins présumé avoir eu l'intention de racheter la rente, lorsqu'il en auroit la commodité, la volonté de libérer son bien quand on le peut, étant naturelle.

ARTICLE III.

Des contrats et actes qui ne sont pas équipollents à vente, ni par conséquent sujets au retrait.

§. I. De l'échange contre un autre immeuble.

89. C'est un principe qui n'est pas contesté, que l'échange d'un héritage contre un autre héritage ne donne pas lieu au retrait : plusieurs coutumes en ont des dispositions; Paris, *art.* 145 ; Orléans, 384.

90. On a agité la question, si l'échange d'un héritage contre une rente constituée donnoit lieu au retrait. Il faut, sur cette question, distinguer deux cas. Le premier cas est, lorsque celui qui reçoit en échange de son héritage une rente constituée, est soumis à une coutume qui répute meubles les rentes constituées, et que la rente est de celles qui n'ont pas de situation, et qui se régissent par la loi à laquelle est soumise la personne à qui elles appartiennent. En ce cas la rente qu'il reçoit en échange de son héritage étant en sa personne un bien meuble, l'échange qu'il a fait de son héritage contre cette rente est un échange contre un meuble qui est réputé contrat équipollent à vente, et donne lieu au retrait.

Le second cas est celui de l'échange d'un héritage contre une rente régie par une coutume qui répute les rentes constituées immeubles; ce qui arrive lorsque celui qui la reçoit en échange de son héritage est soumis par son domicile à une de ces coutumes, ou lorsque la rente a une situation dans une de ces coutumes. En ce cas l'opinion commune, et qui a prévalu dans l'usage, est de regarder cet échange comme un échange contre un immeuble qui ne doit pas donner lieu au retrait. Les raisons sur lesquelles cette opinion est fondée, sont les suivantes. 1° Le droit de retrait lignager est un droit rigoureux, qui ne doit avoir lieu que dans les cas où la loi l'a accordé, et qui ne doit pas être étendu à d'autres. La loi l'a accordé en cas de vente ; il ne

doit pas être étendu au cas d'échange, l'échange étant un contrat différent de celui de vente. Il est vrai que la jurisprudence a étendu le retrait à l'échange d'un héritage contre des meubles, et qu'elle a regardé cet échange comme un contrat ressemblant à celui de vente, ainsi que nous l'avons vu *suprà, n.* 80 : mais cette jurisprudence établie *contra rationem juris*, quoique pour de bonnes raisons, n'est pas susceptible d'extension; et elle ne peut sans extension s'appliquer à l'échange contre une rente constituée, réputée immeuble, parcequ'on ne peut pas dire que ce soit un échange contre un meuble. 2° Il y a une très grande différence entre l'échange contre une rente réputée immeuble, et l'échange contre des meubles. Celui-ci dépouille entièrement la famille, les meubles que le parent reçoit en échange de son héritage propre qu'il aliène, n'étant aucunement susceptibles de la qualité de propre qu'avoit cet héritage. Au contraire, l'échange contre une rente réputée immeuble ne dépouille pas la famille ; la rente que reçoit le parent en échange de son héritage, est subrogée à la qualité de propre qu'avoit l'héritage pour le cas des successions, et pour celui des testaments et donations.

Ceux qui sont de l'opinion contraire la fondent sur les raisons suivantes. Ils disent que, même dans les coutumes qui ont une disposition expresse par laquelle elles réputent immeubles les rentes constituées, telles que sont les coutumes de Paris et d'Orléans, ces rentes sont bien, en toute autre matière que celle de retrait, réputées immeubles, mais non en matière de retrait, puisque ces mêmes coutumes déclarent que ces rentes ne sont pas sujettes au retrait lorsqu'elles sont vendues : d'où il suit qu'en matière de retrait, l'échange d'un héritage contre une rente ne peut passer pour un échange contre un immeuble, mais pour un échange contre un meuble, qui doit donner ouverture au retrait. Ils ajoutent que si l'échange contre un autre héritage est regardé comme un contrat tout différent de la vente, et ne donne pas ouverture au retrait, c'est parce-

qu'au moyen de ce que l'héritage reçu en échange est subrogé à celui qui a été aliéné, tous les droits de la famille sont conservés non seulement en cas de succession et de testament, mais même en cas d'aliénation par vente; ce qui n'est pas lorsque l'échange est contre une rente constituée, cette rente n'étant pas sujette au retrait lorsqu'elle sera vendue. Enfin ils disent que c'est ouvrir la porte aux fraudes, que d'exclure le retrait en ce cas, rien n'étant plus facile que de faire constituer une rente par une personne affidée, que l'acheteur paroîtra donner en échange de l'héritage qu'il veut acheter, et qui sera remboursée au vendeur aussitôt après le contrat. Ce sont les raisons qu'emploie M. Vaslin, *en son Commentaire sur l'article 29 de la coutume de la Rochelle.*

Nonobstant ces raisons, quoique très fortes, la première opinion a été confirmée par un arrêt de 1725, rapporté au Recueil d'arrêts de la quatrième des enquêtes. On peut répondre au premier argument de ceux qui soutiennent l'opinion contraire, que si les rentes ne sont pas sujettes à retrait, on n'en doit pas conclure qu'en matière de retrait elles sont réputées meubles, et que l'échange contre une rente est un échange contre un meuble. On doit seulement en conclure que la coutume ne rend pas sujets au retrait tous les immeubles, mais seulement les immeubles réels qui seuls sont compris sous le terme d'*héritage*, et non les immeubles fictifs, tels que sont les rentes. On répond au second, qu'il n'est pas nécessaire, pour qu'un genre d'aliénation soit exempt de retrait, que la famille de celui qui aliéne l'héritage puisse conserver dans ce qu'il reçoit à la place tous les mêmes droits qu'elle avoit dans celui qui lui a été aliéné. Dans le cas d'une donation, la famille est entièrement dépouillée; ce genre d'aliénation n'en est pas moins exempt de retrait. La réponse au troisième argument, est que la crainte des fraudes n'est pas une raison suffisante pour que les juges assujettissent au retrait un genre d'aliénation que les lois n'y ont pas assujetti, lorsque la fraude n'est pas prouvée.

Au reste, je serois assez porté à décider que si la rente reçue en échange étoit une rente qui eût été constituée à celui qui l'a donnée en échange peu de jours avant le contrat, et qu'elle fût rachetée par le débiteur de la rente peu de jours après, ou même dans l'année, on devroit présumer le contrat frauduleux, et admettre le retrait du jour que le remboursement de la rente auroit découvert la fraude.

L'échange d'un héritage propre fait contre une rente constituée ne donnant pas lieu au retrait, celui fait contre un office n'y doit pas donner lieu. Il y a une entière parité de raisons, les offices étant, comme les rentes constituées, des immeubles fictifs. Nous l'avons ainsi jugé au bailliage d'Orléans, le 30 mars 1765, au profit du sieur Couret, imprimeur.

91. L'échange ne donne pas lieu au retrait lorsqu'il a été fait but à but, et sans aucun retour en deniers ou en autres choses mobiliaires : mais il y a variété dans les coutumes à l'égard des échanges avec retour en deniers ou autres choses mobiliaires.

Les coutumes de Paris, d'Orléans, et un grand nombre d'autres, exemptent de retrait l'échange, quoique fait avec soute, c'est-à-dire avec retour en deniers ou en autres choses mobiliaires, à moins que la soute n'excédât la moitié de la valeur de l'héritage aliéné par ce contrat d'échange, ou, comme s'expriment la coutume et quelques autres, *sinon que la soute excédât l'héritage baillé avec elle en contre-échange :* ce qui revient au même; car la soute qui excède la valeur de l'héritage reçu avec elle par mon parent en contre-échange de l'héritage qu'il a aliéné, excède la moitié de la valeur de cet héritage qu'il a aliéné.

Plusieurs autres coutumes n'exigent pas que la *soute tourne*, ou retour en deniers ou autres meubles, excède la moitié de la valeur de l'héritage, pour que l'échange donne lieu au retrait; elles se contentent que cette soute égale cette moitié, ou, ce qui est la même chose, qu'elle égale la valeur de l'héritage reçu avec elle en contre-

échange. C'est la disposition de la coutume de Melun, *art.* 142; de Clermont, *tit.* 2, *art.* 19, et de plusieurs autres.

La coutume de Bretagne, *art.* 316, admet le retrait en échange lorsque le retour en deniers excède le tiers de la valeur de l'héritage.

Au contraire, celle de Bordeaux, *art.* 32, veut que le retour en deniers vaille deux fois plus que l'héritage reçu en contre-échange avec ledit retour, c'est-à-dire qu'il vaille plus des deux tiers de la valeur de l'héritage dont elle accorde le retrait.

Celle de Normandie, *art.* 464, admet le retrait en échange fait avec une soute en deniers, *quelque petite qu'elle soit.*

Celle de Montargis, *tit.* 16, *art.* 9, accorde aussi le retrait, en cas d'échange, toutes les fois qu'il y a retour en deniers, ou choses mobiliaires données en retour, à moins qu'ils ne fussent donnés que par forme de vin de marché.

Il en est de même dans les coutumes qui disent indistinctement, *lorsqu'il y a retour en deniers ou en meubles, il y a lieu au retrait à proportion du retour*, sans s'expliquer sur la quantité de ce retour. Dans ces coutumes, la loi n'ayant point fait de distinction entre un retour considérable ou modique, on doit, sans distinguer si le retour égale, ou non, la moitié de la valeur de l'héritage, si le retour est considérable ou modique, admettre le retrait à proportion du retour, quel que soit le retour, suivant cette régle : *Ubi lex non distinguit, nec nos debemus distinguere.* C'est l'avis de Dupineau, sur la coutume d'Anjou, *art.* 353, et de son annotateur.

Il y a quelques coutumes qui s'expliquent en termes négatifs, en disant indistinctement qu'il n'y a lieu au retrait en échange fait *but à but sans soute*, sans s'expliquer sur la quantité de la soute; telle est la coutume de Senlis, *art.* 224. Il sembleroit que ces coutumes laissent à conclure que dans le cas contraire, lorsqu'il y a un retour en

deniers, il y a lieu au retrait indistinctement, et quel que soit le retour, suivant la règle, *Exclusio unius, est admissio alterius.* Néanmoins, Ricard, dans son Commentaire sur cet article, pense qu'on n'en doit pas tirer cette conséquence; que la coutume ne s'étant expliquée que sur un cas auquel le retrait ne pouvoit avoir lieu en cas d'échange, et ne s'étant pas expliquée sur ceux auxquels il devroit avoir lieu, elle en avoit laissé la décision aux coutumes circonvoisines, telle que celle de Clermont, suivant laquelle, *art.* 19, il faut que la soute excède ou égale au moins la moitié de la valeur de l'héritage, pour que le contrat puisse passer pour équipollent à vente, et donner lieu au retrait.

Dans les coutumes qui n'ont point du tout parlé de l'échange, on n'y admet le retrait en échange que conformément au droit commun, c'est-à-dire lorsqu'il y a une soute qui excède la moitié de la valeur de l'héritage. M. Vaslin, en son Commentaire sur la coutume de la Rochelle, qui est de ce nombre, dit que cela a passé en maxime.

92. Il y a une autre variété dans les coutumes pour le retrait en cas d'échange. Plusieurs coutumes, du nombre desquelles est celle de Paris, n'admettent le retrait qu'au prorata de la soute. Par exemple, si j'ai changé mon héritage propre, de valeur de 12,000 liv., contre un autre héritage de valeur de 4,000 liv. et une soute de 8,000 liv., la soute, en cette espèce, montant aux deux tiers de la valeur de l'héritage, ma famille ne doit être admise au retrait que des deux tiers de cet héritage, qui doit être partagé entre l'acquéreur qui en retiendra un tiers, et le retrayant, à qui on en délivrera les deux tiers. Les raisons sur lesquelles se sont fondées ces coutumes, sont celles-ci: 1° Le contrat n'étant pas entièrement contrat de vente, il ne doit pas donner lieu entièrement au retrait, mais seulement à proportion de ce que ce contrat participe du contrat de vente, et par conséquent à proportion de la soute en deniers. 2° L'héritage que j'ai retiré en contre-échange devenant, par subrogation, propre de la même qualité et de la même ligne que celui que j'ai aliéné et mis hors de ma

famille, ma famille est indemnisée en partie de l'aliénation que j'ai faite; elle ne doit donc avoir le droit de retrait que pour le surplus. 3° L'acquéreur qui m'a donné un fonds avec le retour en deniers, pour l'héritage que je lui ai cédé, doit avoir une portion dans le fonds que je lui ai cédé, qui lui tienne lieu de celui qu'il m'a cédé; sans cela, et s'il étoit obligé de recevoir de l'argent pour le fonds qu'il a donné, il ne seroit pas entièrement indemne, il ne seroit pas mis au même état qu'il étoit avant le contrat. On ne doit pas l'obliger à recevoir malgré lui de l'argent pour un fonds qu'il n'a pas voulu vendre, et qu'il n'a consenti d'aliéner qu'autant qu'il auroit un autre fonds à la place; c'est lui faire vendre son héritage malgré lui : *Nemo rem suam invitus vendere cogitur.*

L'opinion contraire, savoir, qu'il y a lieu au retrait pour le total lorsque la soute en deniers excède la moitié de la valeur de l'héritage, a été embrassée par plusieurs autres coutumes, même en plus grand nombre; et notre coutume d'Orléans, *art.* 384, est de ce nombre. Les raisons sur lesquelles elles se sont fondées, sont que la nature des contrats doit se régler sur ce qui y prédomine. Donc, lorsqu'un héritage est cédé pour une somme d'argent, et pour un autre héritage de moindre valeur que la somme d'argent, il doit être réputé contrat de vente; car la somme d'argent est ce qui prédomine. L'héritage est aliéné principalement pour une somme d'argent, et par conséquent ce genre d'aliénation est une aliénation à prix d'argent, et une vente : l'autre héritage qui est donné avec la somme d'argent n'est que comme un accessoire du prix, qui consiste principalement en une somme d'argent, ce qui n'empêche pas que le contrat ne soit entièrement et véritablement contrat de vente; *arg.* l. 6, §. 1, *de act. empt.*

A l'égard de l'objection tirée de ce que, suivant la maxime *Nemo invitus vendere cogitur*, celui sur qui on exerce le retrait ne doit pas recevoir malgré lui de l'argent pour son héritage qu'il n'a pas voulu vendre, et qu'il n'a voulu aliéner qu'autant qu'il auroit un autre héritage à

la place : elle est plus spécieuse que solide. L'acheteur a dû savoir que le contrat par lequel il acquéroit, étant un contrat dans lequel la nature de vente prédomine, étoit sujet au retrait. Il s'est donc soumis à souffrir le retrait. Il a pareillement dû savoir et pu prévoir, lorsqu'il a fait l'acquisition, qu'en cas de retrait, il ne seroit pas au pouvoir du retrayant de lui rendre l'héritage qu'il a donné pour celui qu'on lui retire, et qu'un retrayant n'étant obligé d'indemniser l'acquéreur que de la manière dont il est possible de le faire, le retrayant ne seroit pas obligé, en cas de retrait, de lui rendre cet héritage en nature, mais seulement de lui en rendre le prix : s'étant soumis, en acquérant, à souffrir le retrait, il s'est soumis à l'exécution du retrait, et par conséquent à recevoir le prix de son héritage que le requérant lui donnera. On ne peut pas dire qu'il vend malgré lui son héritage, que c'est malgré lui qu'il en reçoit le prix, puisqu'il s'est soumis à cela en acquérant.

On peut encore ajouter, en faveur de cette opinion, qu'elle évite les discussions et l'embarras du partage qui est à faire, dans la première opinion, entre le retrayant et l'acquéreur, et retranche les procès auxquels la première opinion pourroit souvent donner lieu.

Cette dernière opinion, qui, en cas de soute excédant la moitié de la valeur de l'héritage, admet le retrait pour le tout, me paroît préférable à celle embrassée par la coutume de Paris, qui ne l'admet qu'à proportion de la soute ; elle me semble par conséquent devoir être suivie dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. C'étoit l'avis de M. Le Camus, en ses Observations sur le titre des Retraits. Il pensoit que la coutume de Paris avoit à cet égard besoin de réformation. C'étoit l'avis de M. de Lamoignon, *art.* 18 de ses Arrêtés. Néanmoins il faut avouer que la question souffre difficulté.

93. Dans les coutumes qui n'accordent le retrait qu'au prorata de la soute, il n'est pas douteux qu'il n'y a que la famille de celui qui a aliéné l'héritage pour lequel il a

reçu une soute, qui ait le droit de retrait, et que la famille de l'autre contractant n'a pas le droit de retrait de l'héritage qu'il a aliéné, n'ayant reçu aucuns deniers pour cet heritage, et en ayant au contraire donné.

Dans les coutumes qui regardent le contrat comme étant entièrement contrat de vente, et qui admettent au retrait pour le tout la famille de celui qui a reçu la soute, il y a plus de difficulté sur la question de savoir si la famille de l'autre contractant doit aussi être admise au retrait du sien. Coquille, sur l'*art.* 40 du titre des Fiefs de la coutume du Nivernois, tient la négative. Il est suivi par le nouveau commentateur de la coutume de la Rochelle. La coutume de Poitou, *art.* 355, semble avoir suivi cette opinion; car elle dit : *Ledit contrat sera censé contrat de vente, et le lignager de celui qui a reçu l'argent, reçu au retrait.* En accordant le retrait à la famille *de celui qui a reçu l'argent*, il semble qu'elle le dénie tacitement à la famille de l'autre contractant, suivant les maximes, *Qui dicit de uno, negat de altero : Inclusio unius est exclusio alterius.* La raison pour cette opinion est que ce contractant n'ayant pas reçu d'argent, on ne peut pas dire que le contrat vis-à-vis de lui soit un contrat d'aliénation à prix d'argent, ni par conséquent un contrat de vente qui puisse donner lieu au retrait.

Notre coutume d'Orléans a embrassé l'opinion contraire. Elle décide, *art.* 384, qu'en cas d'échange fait avec une soute en argent qui excède la moitié de la valeur de l'un des héritages, l'un et l'autre héritages sont sujets au retrait. Par exemple, si j'ai échangé avec vous mon héritage de la valeur de 12,000 liv. contre le vôtre de la valeur de 3,000 liv., avec un retour de 9,000 liv. en deniers, elle veut que votre famille ait le droit de retirer sur moi l'héritage de 3,000 liv., en me rendant 3,000 liv. et les loyaux coûts; de même que la mienne a droit de retirer sur vous l'héritage de 12,000 liv., en vous rendant 12,000 liv. La raison sur laquelle elle se fonde, est qu'un seul et même contrat ne doit avoir qu'une seule et même nature,

qui se régle par ce qui y prédomine. Il répugne qu'il soit contrat de vente par rapport à l'un des contractants, et contrat d'échange par rapport à l'autre. Lorsque la soute en deniers excéde la moitié de la valeur de l'un des héritages, comme dans l'espèce ci-dessus proposée, le contrat doit, suivant ce qui y prédomine, être réputé contrat de vente. On doit présumer que l'intention des parties a été, savoir de ma part, de vous vendre l'héritage de 12,000 liv., et de votre part, de l'acheter; et que c'est en paiement de la somme de 3,000 liv. qui vous manquoit pour achever le paiement du prix de l'héritage que je vous ai vendu, que vous m'avez donné le vôtre. Il doit par conséquent être sujet à retrait; car tous conviennent que ce qui est donné en paiement y est sujet. Ceci répond à l'argument employé ci-dessus pour la première opinion, qui consiste à dire, que n'ayant reçu aucuns deniers pour votre héritage de 3,000 liv., l'aliénation que vous en avez faite n'est pas une aliénation à prix d'argent, et ne peut par conséquent passer pour une vente, ni être sujette au retrait; car la réponse est, que vous avez reçu pour le prix de votre héritage de 3,000 liv., la libération de pareille somme de 3,000 liv. qui vous restoit à payer pour le prix de la vente que je vous ai faite de mon héritage de 12,000 liv., laquelle libération est quelque chose d'équipollent à deniers. Cette opinion, que notre coutume a embrassée, me paroît préférable à la première, et plus conséquente au principe des coutumes qui réputent contrat de vente en entier le contrat d'échange, dans lequel la soute en deniers ou choses mobiliaires excéde la valeur de la moitié de l'un des héritages.

94. Lorsque les parties contractantes ont déguisé sous la fausse apparence d'un contrat d'échange un contrat de vente, et que la fraude est découverte, le contrat donne lieu au retrait.

C'est pourquoi, si les lignagers justifioient qu'il y a eu convention que celui qui a acquis l'héritage propre de leur parent racheteroit pour une certaine somme celui qu'il lui

a donné en contre-échange, le contrat étant moins, en ce cas, échange, qu'un contrat de vente déguisé sous la fausse apparence d'échange, donneroit lieu au retrait. Cette convention peut se prouver non seulement par le rapport de la contre-lettre qui la contient, mais même par témoins; car c'est une fraude faite aux lignagers, au pouvoir desquels il n'a pas été de s'en procurer une preuve par écrit; *Traité des obligations*, *n.* 811.

Les lignagers peuvent aussi être admis à déférer le serment à l'acquéreur sur le fait de cette convention qu'ils prétendent être intervenue, et dont ils n'ont pas la preuve. Plusieurs coutumes, comme Bourgogne, Nivernois, etc., en ont des dispositions.

Il y a un cas où il n'est pas besoin de justifier cette fraude, et où elle se présume; c'est lorsque l'héritage donné par l'acquéreur en contre-échange lui a été revendu dans l'an du contrat. Orléans, *art.* 386, et plusieurs autres coutumes, en ont des dispositions, qui étant fondées en grande raison, doivent avoir lieu dans celles qui ne s'en sont pas expliquées.

95. C'est aussi une présomption de fraude lorsque celui qui a acquis par échange l'héritage, est demeuré en possession de celui qu'il avoit donné en contre-échange. C'est l'avis de Tiraqueau, de Lalande, etc. Bourbonnois, *art.* 459, en a une disposition; elle dit : « Contrat de permutation est présumé simulé si le permutant est trouvé saisi, « possesseur et détenteur de la chose qu'il auroit donnée « par permutation, dedans l'an après ledit contrat. »

96. L'échange doit passer pour frauduleux, et pour une vente déguisée, soit que vous vous soyez obligé de racheter vous-même pour une certaine somme d'argent l'héritage ou la rente que vous m'avez donné en contre-échange, soit que vous vous soyez obligé de les faire racheter par d'autres. La coutume d'Anjou, *art.* 354, en a une disposition. Elle dit qu'il y a fraude si l'acheteur promet acheter ou *faire* acheter le contre-échange, en bailler ou faire bailler deniers, en manière que par le moyen d'icelle promesse le

contre-échange ne demeurât ès mains de celui à qui il a été baillé. Néanmoins Lalande cite un arrêt qui a jugé que l'héritage échangé contre une rente ne donnoit pas lieu au retrait, quoique par le contrat l'acquéreur de l'héritage se fût obligé de faire racheter la rente par un tiers. Mais je ne puis approuver la décision de cet arrêt, étant évident que celui qui échange avec cette paction, dans la vérité a intention de vendre, et non d'échanger, et n'a pris cette tournure que pour déguiser le contrat de vente.

97. Le contrat d'échange d'un héritage contre une rente n'en est pas moins un vrai contrat d'échange, et ne donne pas lieu au retrait, quoique l'acheteur de l'héritage s'oblige de fournir et faire valoir la rente qu'il donne en contre-échange.

98. Lorsque j'échange mon héritage contre le vôtre, sous la condition que vous pourrez racheter le vôtre pour une certaine somme, y a-t-il lieu au retrait de mon héritage que je vous ai échangé sous cette clause? Peut-on tirer argument du bail à rente qui donne lieu au retrait, lorsque par le bail la faculté est accordée à l'acquéreur de racheter la rente? Les espèces sont très différentes. Lorsque je donne mon héritage à rente, je ne reçois rien à la place, mais je m'y retiens un droit de rente. Le bail et le rachat de la rente qui est fait en vertu d'une clause du bail, et en est par conséquent l'exécution, sont deux actes qui composent ensemble l'aliénation de mon héritage pour la somme d'argent que je reçois pour le rachat de la rente. Au contraire, lorsque j'échange mon héritage contre le vôtre, sous la condition que vous pourrez racheter le vôtre, j'aliéne, par cet échange, tout le droit que j'avois dans mon héritage, et je l'aliéne, non à prix d'argent, mais pour l'héritage que je reçois de vous en contre-échange. La somme d'argent que je reçois depuis, lors du rachat de votre héritage, je ne la reçois pas pour mon héritage que je vous ai échangé, puisque je n'y avois retenu aucun droit, mais je la reçois pour le rachat du vôtre. Il faut néanmoins

convenir qu'il y a quelque raison pour soutenir qu'il peut y avoir lieu au retrait de mon héritage, non lors du contrat d'échange, mais lors du rachat que vous me faites de votre héritage en exécution de la clause du contrat. Cette raison est que le rachat que vous faites de votre héritage, se faisant en exécution d'une clause du contrat d'échange, vous rentrez dans votre héritage plutôt que vous ne l'acquérez de nouveau. Le rachat que vous en faites n'est pas un nouveau titre d'acquisition, mais c'est la résolution de l'aliénation que vous en aviez faite, et de l'échange que vous en aviez fait contre le mien. Cette somme que vous me donnez pour ce rachat est une somme que vous me donnez à la place de votre héritage pour le prix du mien : l'échange que j'ai fait de mon héritage contre le vôtre se convertit donc, par ce rachat que vous faites du vôtre en exécution de notre contrat, en une véritable aliénation à prix d'argent, qui doit donner lieu au retrait dans l'année du jour de l'insinuation de l'acte de rachat, qui a opéré cette conversion de l'échange en une aliénation à prix d'argent. Je n'oserois pas néanmoins assurer cette décision, n'étant pas fondé en autorité, et ne me souvenant pas d'avoir vu nulle part cette question traitée.

§. II. Du bail à rente non rachetable.

99. Le bail à rente non rachetable est aussi un contrat qui n'est pas équipollent à vente.

Il en est tout différent. Le prix en argent qu'un acheteur s'oblige de payer, fait le caractère du contrat de vente; au contraire, par le bail à rente il n'y a pas proprement de prix : la rente que le preneur s'oblige de payer pour l'héritage, est un droit que le bailleur retient dans l'héritage; c'est une charge de l'héritage, plutôt qu'une dette de la personne du preneur.

Par ces raisons, la plupart des coutumes décident que le bail à rente non rachetable ne donne pas lieu au retrait.

Notre coutume d'Orléans, *art.* 188, en a une disposi-

tion. Celle de Paris, en déclarant, *art.* 137, le bail à rente *rachetable* sujet au retrait, fait assez entendre que le bail à rente fait sans cette faculté, n'y est pas sujet.

100. Le bail à rente n'étant exempt du retrait qu'autant qu'il est bail à rente non rachetable; quoique le bail n'exprime aucune faculté de racheter, si les lignagers peuvent justifier, ou par écrit, ou même par témoins, que cette faculté a été accordée par une clause secrète, le bail donnera lieu au retrait : ils peuvent même, sur la vérité de ce fait, déférer le serment à l'acquéreur.

101. Lorsque le rachat de la rente a été fait dans l'an du bail, le bail est réputé frauduleux, et en conséquence donne lieu au retrait. La coutume de Sedan, *art.* 227, en a une disposition; elle dit : « Sont retrayables les héritages baillés à rente, si la rente est rachetée dans l'an, « parcequ'en ce cas ils sont réputés baillés à rente rachetable, encore que cela ne soit porté par le contrat. »

Quelques autres coutumes disent aussi qu'en ce cas il doit y avoir lieu au retrait de l'héritage et de la rente. Je pense que ces décisions, comme très-équitables, doivent être suivies dans notre coutume d'Orléans, et qu'on peut tirer argument de ce qu'elle a décidé, *art.* 386, pour le cas de l'échange.

102. Plusieurs coutumes exigent aussi, pour que le bail à rente non rachetable ne donne pas lieu au retrait, que par le bail il n'y ait pas *bourse déliée*, qu'il n'y ait pas *argent baillé, ou promis bailler;* Melun, Sens, Châteauneuf, etc. Notre coutume, *art.* 389, décide aussi qu'il y a lieu au retrait, « Si par le bail il y a quelque somme de « deniers ou somme mobiliaire baillée, ou promise bailler. »

Nous avons établi dans nos notes sur cet article, qu'il falloit pour cela, au moins dans notre coutume, que cette somme excédât la moitié de la valeur de l'héritage.

§. III. Du contrat de société, et de l'ameublissement.

103. Le contrat de société est un contrat qui n'est ni

équipollent, ni ressemblant au contrat de vente. C'est pourquoi, lorsque j'ai contracté une société de biens avec un étranger, dans laquelle j'ai fait entrer un héritage propre, et que depuis, par le partage qui se fait des biens de la société, cet héritage est tombé au lot de mon associé; quoique ce contrat de société, et le partage dont il a été suivi, renferment de ma part une aliénation que j'ai faite de mon héritage propre hors de ma famille, il n'y aura pas ouverture au retrait lignager, parceque le contrat de société, qui est le titre de cette aliénation, n'est pas un contrat équipollent à vente.

Suivant ce principe, il me semble qu'on doit décider que, lorsque l'un des conjoints par mariage a ameubli ses héritages propres, ses lignagers ne peuvent exercer le retrait lignager sur l'autre conjoint, au lot duquel lesdits héritages seroient tombés dans le partage de la communauté. En vain oppose-t-on que l'héritage ameubli par l'un des conjoints conserve toujours, nonobstant l'ameublissement, sa qualité de propre. Je réponds : Cela est vrai, jusqu'à ce qu'il soit passé à l'autre conjoint par le partage de communauté; mais en ce cas il perd sa qualité de propre : le titre en vertu duquel l'autre conjoint en devient propriétaire, est la convention d'ameublissement, convention qui fait partie d'un contrat de société, et ne peut donner ouverture au retrait, parceque le contrat de société n'est pas un contrat ressemblant et équipollent au contrat de vente.

§. IV. De la donation.

104. Il est évident que la donation n'est pas un acte équipollent à vente, rien ne pouvant y être plus opposé : ainsi elle ne donne pas lieu au retrait. Il y a encore d'autres raisons. Le retrait étant le droit de prendre le marché d'un autre, la donation, qui n'est pas un marché, n'en peut être susceptible; d'ailleurs la liberté naturelle que chacun doit avoir de disposer comme bon lui semble de sa chose, recevroit une très grande atteinte si le retrait étoit

accordé contre la donation, le donateur ayant voulu faire passer sa chose à la personne du donataire, par une considération personnelle pour lui : au lieu que dans le contrat de vente, le vendeur est présumé n'avoir d'autre intention que d'avoir le prix qu'il s'est proposé d'avoir; il n'y entre aucune considération personnelle pour la personne de l'acheteur : pourvu que le vendeur ait ce prix, il ne lui importe pas que ce soit à l'acheteur ou au lignager que son héritage passe; il doit même être plus content qu'il passe au lignager, et reste dans sa famille.

105. Pour que la donation ne donne pas lieu au retrait, il faut, de même que pour l'échange et le bail à rente, que l'acte de donation ne soit pas tellement mêlé de vente, que la nature de la vente y prédomine; ce qui arrive lorsque la donation est faite pour récompense de services ou à des charges, et que ces services et ces charges sont appréciables à une somme d'argent qui excède la moitié de la valeur de l'héritage qui fait l'objet de la donation. C'est en ce sens que notre coutume d'Orléans, *art.* 387, dit : *En donation pure et simple, n'y a retrait.*

106. Il n'y a que ces donations que la coutume entend exclure de sa disposition, par ces termes, *pure et simple.* Une donation, quoique faite pour récompense de services ou à des charges, n'est pas pour cela sujette à retrait, lorsque les services ou les charges ne sont pas appréciables à prix d'argent, ou lorsque la somme à laquelle ils sont appréciables n'excède pas la moitié de la valeur de l'héritage.

107. Une donation d'héritages, quoique mutuelle, faite au survivant des deux donateurs, n'est pas non plus sujette au retrait.

Mais si le donataire d'un héritage fait dans le même temps, de son côté, au donateur, donation d'une somme d'argent, ou de choses mobiliaires excédant la moitié de la valeur de l'héritage donné, la présomption est que ces deux donations ne sont faites que pour déguiser la vente de l'héritage pour ladite somme d'argent ou lesdites cho-

ses mobiliaires; c'est pourquoi il doit y avoir lieu en ce cas au retrait.

108. Observez que la règle que nous avons établie, que dans les contrats mixtes on s'attache, pour juger de la nature de l'acte, moins au nom qu'on a donné à l'acte, qu'à ce qui y prédomine, est une règle qui a lieu lorsqu'on a donné à l'acte le nom d'un contrat non sujet au retrait, comme d'échange, de bail à rente ou de donation. Cette régle est nécessaire dans ces cas, pour empêcher les fraudes qu'on pourroit commettre contre le droit des lignagers, en travestissant un contrat de vente sous le nom de ces contrats. Mais cette régle n'a pas lieu dans le cas inverse, lorsqu'on a vendu un héritage pour une certaine somme, et que par le contrat on a fait remise à l'acheteur de la plus grande partie de cette somme; quoique la nature de la donation paroisse prédominer dans ce contrat, on s'en tient au nom qu'on a donné à l'acte, et il y a lieu au retrait. La raison de différence est, qu'en ce cas il n'y a aucune fraude à craindre : il y a lieu de croire que celui qui a disposé de cette manière a voulu disposer par vente, à dessein de conserver le droit de retrait lignager à sa famille; en quoi il ne commet aucune fraude, étant le maître de faire de telle manière et à telle charge que bon lui semble, l'avantage qu'il veut faire par cet acte à l'acquéreur.

Sur la question, si le retrayant doit en ce cas payer à l'acheteur tout le prix, même pour la part dont on lui a fait remise, *Voyez infrà*, *chap*. 9.

109. Si le contrat qualifié de contrat de vente portoit une remise entière du prix, il est évident, en ce cas, que ce contrat seroit une vraie donation, et ne seroit point un contrat de vente; car il est de l'essence de la vente qu'il y ait un prix que l'acheteur s'oblige de payer; c'est pourquoi l'acte ne pourroit donner ouverture au retrait.

Il en seroit autrement si ce n'étoit pas par l'acte même, mais *ex intervallo*, que la remise du prix eût été faite. Cela n'empêcheroit pas le retrait; car il suffit, pour qu'il y ait

eu contrat de vente, et ouverture au retrait, qu'il y ait eu une obligation de payer le prix, quoiqu'elle ait été depuis éteinte par la remise que le vendeur en a bien voulu faire.

§. V. De la transaction.

110. On a demandé si la transaction par laquelle l'une des parties qui se disputoient la propriété d'un héritage, laisse cet héritage à l'autre, moyennant une certaine somme qu'il reçoit d'elle, étoit un acte équipollent à vente, qui donnât lieu au retrait lignager. Quelques docteurs ont pensé que la transaction n'y donne pas lieu lorsque l'héritage demeure à celui qui en étoit déjà en possession, mais qu'elle y donne lieu lorsque par la transaction le possesseur de l'héritage le cède à l'autre partie, moyennant une certaine somme d'argent qu'il reçoit d'elle. La coutume d'Anjou, *art.* 361, a embrassé ce sentiment. Quelques autres coutumes, comme le Maine, *art.* 370, Clermont, *art.* 29, ont embrassé l'opinion contraire, qui me paroît préférable ; et elles décident indistinctement que la transaction ne donne pas lieu au retrait, s'il n'y a fraude.

La raison est, que la transaction étant par sa nature *de re incertâ et dubiâ*, il demeure incertain si la partie qui, par la transaction, délaisse l'héritage à l'autre moyennant une somme d'argent qu'elle a reçue d'elle, en étoit propriétaire, plutôt que la partie à qui elle l'a délaissé; et par conséquent il est incertain si cette transaction renferme une aliénation qui puisse donner lieu au retrait. C'est le raisonnement qu'emploie Dumoulin, *in Cons. Par.* §. 33, *gl.* 1, *n.* 64 *et* 67, sur la question de savoir si la transaction donne ouverture aux droits seigneuriaux, question qui est semblable à celle-ci.

111. Les coutumes qui disent que la transaction ne donne pas lieu au retrait, ajoutent, *s'il n'y a fraude*, c'est-à-dire, si ce n'est pas pour déguiser une vente que le propriétaire de l'héritage vouloit faire, qu'on a feint une contestation sur la propriété de l'héritage entre les parties,

et une transaction sur cette contestation. Cette fraude se présume lorsque la partie à qui l'héritage demeure, ou est délaissé par l'acte qualifié de transaction, donne une somme à peu près équivalente à la valeur de l'héritage. La coutume du Maine, en l'article ci-dessus cité, en a une disposition.

§. VI. De la licitation entre les copropriétaires.

112. Lorsqu'un héritage appartient en commun, et en vertu d'un titre commun, à deux propriétaires de différente famille; comme lorsqu'un héritage acquis durant la communauté d'un mari et d'une femme, se trouve commun entre l'héritier du mari et celui de la femme; la licitation par laquelle l'un d'eux se rend adjudicataire du total, ne donne pas ouverture au retrait lignager de la portion de son copropriétaire. La raison est, qu'un tel acte tient lieu du partage qui étoit à faire entre ces copropriétaires, et par conséquent ce n'est pas vente; ce licitant adjudicataire n'est pas censé acquérir quelque chose de son copropriétaire.

La jurisprudence ayant décidé que la vente faite par un des copropriétaires, de sa portion, à l'autre copropriétaire, ne passoit pas pour une véritable vente, mais étoit réputée acte tenant lieu de partage, de même que la licitation, et qu'ainsi elle ne donnoit aucune ouverture aux droits seigneuriaux, c'est une conséquence qu'elle ne doit pas non plus donner lieu au retrait.

Le principe que nous venons d'établir, que les licitations ne donnent pas lieu au retrait lorsque l'un des licitants est adjudicataire, a lieu même dans la coutume de Paris, quoiqu'elle paroisse décider formellement le contraire en l'*article* 154, où elle dit: *Portion d'héritage vendue par licitation qui ne se peut bailler à devis, est sujette à retrait*. M. Le Camus, en ses observations sur cet article, a pensé qu'il s'étoit glissé une erreur dans le texte, et qu'il falloit *n'est* au lieu de *est*. Il tire argument de ce que dans la coutume de Calais, presque entièrement copiée sur

celle de Paris, cet article se trouve en l'article 163, avec la négation. Les commentateurs de la coutume de Paris, en conservant le texte, y ont donné différentes interprétations. Celle qui paroît la plus plausible est celle de Guérin, adoptée par Lemaistre. Il pense que dans l'espèce de cet article, on doit supposer les enchères étrangères admises, l'adjudication faite à un tiers étranger, et qu'il n'y avoit que la portion de l'un des licitants qui fût propre. On avoit douté si les parents de ce licitant devoient être admis au retrait de cette portion contre l'adjudicataire. La raison pour les en exclure, étoit qu'en les y admettant, on donnoit lieu à une nouvelle licitation; qu'il y avoit d'autant plus de raison d'éviter cet embarras, et de les en exclure, qu'ils devoient s'imputer de n'avoir pas enchéri, n'ayant tenu qu'à eux. Nonobstant ces raisons, l'article décide qu'il y a lieu au retrait. Quel que puisse être le sens de cet article, tous conviennent qu'il ne doit pas être entendu en ce sens, qu'il puisse y avoir lieu au retrait lorsque l'un des licitants est adjudicataire; et on rapporte un arrêt de 1654, qui l'a jugé dans la coutume de Paris.

113. Cette décision a lieu lorsque la licitation se fait entre parties qui sont copropriétaires en vertu d'un titre commun. A-t-elle pareillement lieu lorsqu'elle se fait avec un tiers acquéreur qui a acquis la part de l'un des copropriétaires, et que ce tiers est adjudicataire? Pour bien faire entendre cette question, faisons deux suppositions. Supposons, 1° qu'un mari et une femme aient acquis en communauté un héritage; qu'après la mort de l'un et de l'autre, cet héritage soit licité entre les héritiers du mari et ceux de la femme, et que l'un des héritiers de la femme soit adjudicataire. On convient que cette adjudication ne donne pas à la famille du mari le droit de retrait de la portion du mari dans cet héritage. Supposons en second lieu, que la licitation se fait entre les héritiers du mari, et un tiers qui a acquis à titre singulier les droits successifs de l'un des héritiers de la femme, et que ce tiers se rende adjudicataire de l'héritage entier. La famille du mari sera-

t-elle mieux fondée que dans l'espèce précédente, à prétendre le droit de retrait lignager? La raison de douter est, qu'il semble que cette seconde espèce est différente de la première. On décide dans cette seconde espèce, que l'adjudication donne lieu au profit de lods et ventes, quoiqu'elle n'y donne pas lieu dans l'espèce précédente : d'où il semble qu'on pourroit conclure que dans cette espèce, l'adjudication devroit donner lieu au retrait lignager, quoiqu'elle n'y donne pas lieu dans la précédente. Néanmoins il faut décider que ni dans l'une ni dans l'autre espèce, il n'y a lieu au retrait lignager au profit de la famille du mari. La raison est que ni dans l'une ni dans l'autre espèce la licitation ne peut passer pour une véritable vente que les héritiers du mari fassent de leur portion. Si dans la seconde espèce il y a lieu au profit de lods et ventes pour les portions que ce tiers acquiert par la licitation, ce n'est pas qu'il acquière ces parts des héritiers du mari, et que la licitation soit un vrai titre d'acquisition; mais c'est par une raison particulière; savoir, que la part que ce tiers a acquise de l'un des héritiers de la femme, qui, jusqu'à la licitation, n'étoit qu'une part indéterminée de l'héritage, est déterminée par la licitation du total de l'héritage; et par conséquent la vente de cette part, qui, avant la licitation, n'étoit que la vente d'une part indéterminée, et ne donnoit ouverture au profit que pour une part, devient, par la licitation, la vente du total de l'héritage, et doit par conséquent donner ouverture à un profit entier qui est dû au seigneur, sous la déduction de ce qu'il a déja reçu lors de la vente de cette part.

§. VII. Des actes qui contiennent la résolution d'une vente, plutôt qu'une vente.

114. Les actes qui contiennent la résolution d'une vente plutôt qu'une nouvelle vente, ne doivent pas non plus donner lieu au retrait, de même qu'ils ne donnent pas lieu aux droits seigneuriaux. Par exemple, si mon père étant mort avant que de payer le prix d'un héritage qu'il avoit

acheté, j'ai convention avec le vendeur qu'il rentrera dans son héritage, et qu'il me tiendra quitte du prix; mes parents ne pourront prétendre droit de retrait lignager contre ce vendeur, cet acte n'étant pas une nouvelle vente que je lui en ai faite, mais une simple résolution de celle qu'il avoit faite à mon père; *voyez l'article* 112 *de la coutume d'Orléans, et l'explication que nous en avons donnée en notre Introduction au titre des fiefs, n.* 131 *et suiv.*

115. Par la même raison, si mon père avoit acheté un héritage sous faculté de réméré portée par le contrat de vente, le réméré qu'on exerceroit sur moi ne donneroit pas à mes parents droit de retrait lignager contre le vendeur ou autre ayant ses droits, qui exerceroit le réméré; car ce réméré que je souffre n'est pas une nouvelle vente que je fais de cet héritage, mais l'exécution d'une clause résolutoire portée au contrat de vente qui m'en avoit été faite; *voyez l'article* 12 *de la coutume d'Orléans, et nos notes.*

Il en seroit autrement, si mon père ayant acheté de vous purement et simplement l'héritage auquel j'ai succédé, je vous avois, par une convention que nous avons eue ensemble, accordé le droit de rémérer. Cette faculté que je vous ai accordée, et l'exercice que vous faites de cette faculté, ne peuvent passer pour une simple résolution de la vente que vous aviez faite à mon père; c'est une véritable vente que je vous fais d'un héritage propre, laquelle donne lieu au retrait.

Il y auroit plus de difficulté, si c'étoit mon père qui, par une convention postérieure au contrat, vous eût accordé la faculté de réméré, et que ce fût sur moi, devenu son héritier, que le réméré fût exercé. Il semble qu'en ce cas vous pourriez opposer contre l'action en retrait de mes lignagers, que le réméré vous a été accordé dans un temps auquel l'héritage étoit un acquêt de mon père, et n'étoit pas encore sujet au retrait; que mon père a pu en conséquence vous accorder une faculté de réméré cet héritage, qui ne fût pas sujette au retrait, et que l'héritage m'ayant passé avec cette charge, vous pouviez exercer contre

moi le réméré sans être sujet au retrait. Il faut, nonobstant ces raisons, décider que vous êtes sujet au retrait lignager. La faculté de réméré qui vous a été accordée par la convention intervenue entre mon père et vous depuis le contrat, n'étoit pas encore la vente de l'héritage; ce n'étoit qu'une promesse de vous le vendre, si vous vouliez l'acheter : la vente ne s'est faite que lors de l'exercice du réméré, et dans un temps où l'héritage étoit devenu propre paternel; la qualité de propre qu'il a lors de la vente, le rend sujet au retrait. Vous ne pouvez prétendre que l'héritage ne m'a passé qu'à la charge du réméré; car il n'a jamais été affecté à cette charge. Il le seroit sans doute si la faculté eût été accordée par le contrat de vente, parcequ'elle seroit en ce cas une condition de l'aliénation : mais lorsqu'elle est accordée par une convention postérieure à l'aliénation, elle ne peut produire qu'une simple action personnelle : car on ne peut par de simples conventions, *nudis conventionibus*, acquérir aucun droit d'affectation, ni aucun droit dans une chose.

116. Lorsqu'une rente foncière, créée sous faculté de rachat, est rachetée par le débiteur en vertu de cette faculté, ce rachat n'est qu'une résolution et extinction de cette rente, faite en exécution d'une clause sous laquelle elle avoit été créée, qui ne donne pas par conséquent ouverture au retrait lignager.

Il y a plus de difficulté lorsque le créancier d'une rente foncière non rachetable en reçoit volontairement du débiteur le rachat. Il semble que même en ce cas il ne doit pas y avoir lieu au retrait. 1° Cet acte étoit plutôt une libération de l'héritage qui étoit chargé de cette rente, qu'une acquisition de cette rente. 2° Par ce rachat la rente est éteinte, et on ne peut pas exercer le retrait de ce qui n'existe plus. Nonobstant ces raisons, Dumoulin, §. 20, *gl.* 5, *q.* 15, *n.* 58, décide qu'il y a lieu au retrait féodal, et il y a même raison de le décider pour le retrait lignager. La raison est, que la rente n'étant pas rachetable, le rachat que le créancier permet au débiteur de faire, est une

véritable vente volontaire qu'il lui fait de cette rente, semblable à celle qu'il feroit à des tiers, et qui doit donner ouverture au rachat. A l'égard des objections, on oppose que le rachat est une libération plutôt qu'une acquisition. Je réponds, en niant le principe : Le débiteur, par ce rachat que le créancier lui permet de faire, acquiert véritablement la rente. Il acquiert un plus grand droit dans l'héritage que celui qu'il avoit, puisqu'il n'en étoit propriétaire que sous la déduction de la rente dont cet héritage étoit chargé, et qu'il acquiert ce qui manquoit à la plénitude de sa propriété. La libération de l'héritage et l'extinction de la rente ne sont que des effets qu'auroient l'achat et l'acquisition que ce débiteur a faits de la rente, si cet achat et cette acquisition subsistoient perpétuellement en sa personne : mais cet achat et cette acquisition n'étant que momentanés, au moyen du retrait, soit féodal, soit lignager, qui fait passer l'achat de cette rente en la personne du retrayant, ils ne peuvent opérer une libération et une extinction perpétuelle de la rente, une cause momentanée ne pouvant produire qu'un effet momentané. L'héritage n'est donc, par ce rachat, libéré de la rente que tant que l'achat de cette rente subsiste en la personne du débiteur propriétaire de l'héritage qui l'a rachetée, c'est-à-dire, jusqu'au temps du retrait : la rente est, jusqu'à ce temps, plutôt suspendue qu'éteinte : ce qui sert de réponse à la seconde objection.

On m'a fait cette objection : Le rachat volontaire de la rente foncière que le propriétaire de cette rente a permis qu'on lui fît, éteint, par l'extinction de la rente que ce rachat opère, les hypothéques des créanciers du propriétaire de cette rente : donc il doit pareillement éteindre le droit de retrait de ses lignagers. Je réponds qu'il n'y a pas même raison. Le droit de retrait consiste, comme nous l'avons dit, à faire passer en la personne du retrayant l'achat de l'acquisition de la rente qu'avoit faite le débiteur, ce qui empêche l'extinction de la rente. Il n'en est pas de même du droit d'hypothéque des créanciers : ce droit n'empêche pas

que l'achat que fait un tiers d'une chose hypothéquée ne subsiste en sa personne : les créanciers ont seulement le droit d'exercer leurs hypothéques sur cette chose, tant qu'elle subsiste; mais lorsque la chose qui leur a été hypothéquée est une rente qui leur a été rachetée par le débiteur, cette rente ayant été éteinte par l'achat qu'en a fait le débiteur, et qui subsiste en sa personne, les créanciers n'ont plus d'hypothéque sur une chose qui n'existe plus.

Si la rente rachetée par le débiteur avoit été retirée sur lui par retrait lignager, l'achat de cette rente ne subsistant pas en ce cas en la personne de ce débiteur, et ne s'étant fait par conséquent aucune confusion ni extinction de la rente, les hypothéques subsisteroient, et pourroient être exercées contre le lignager qui en a exercé le retrait.

§. VIII. Des ventes nulles, et des ventes simulées.

117. Les docteurs ont assez inutilement agité la question, si les ventes nulles et les ventes simulées donnoient lieu au retrait. Il est clair que ces ventes, en tant qu'on les considére comme nulles ou comme simulées, ne peuvent donner lieu au retrait, puisqu'elles ne sont pas de véritables ventes; mais l'acheteur n'étant pas recevable à opposer lui-même la nullité ou la simulation de son titre d'acquisition, ne peut éviter de délaisser l'héritage sur la demande en retrait des lignagers du vendeur. Ces lignagers prendront le marché tel qu'il est. Si c'est une vente nulle ou simulée, qui ne donnoit à l'acheteur sur qui ils ont exercé le retrait aucun droit dans l'héritage, ils n'acquerront par le retrait pas plus de droit que n'en avoit l'acheteur sur qui ils l'ont exercé, et ils seront sujets aux mêmes actions auxquelles auroit été sujet l'acheteur, de la part du vendeur ou de ses héritiers ou successeurs, aux fins de faire prononcer la nullité du contrat ou la simulation.

118. Observez que pour que le vendeur puisse justifier contre le lignager la simulation du contrat, il faut qu'il rapporte une contre-lettre par-devant notaire, de même date que le contrat, ou d'une date antérieure. Une contre-lettre

sous signature privée ne suffit pas; car ces actes pouvant être antidatés, ne font pas foi de leur date contre les tiers; *voyez notre Traité des obligations*, *n.* 750.

119. Le retrayant majeur qui a exercé le retrait pour un marché nul et sujet à rescision, venant à être évincé par le vendeur de l'héritage qui l'a retiré, n'a aucun recours contre l'acheteur sur qui il a exercé le retrait. Il doit s'imputer d'avoir voulu prendre pour son compte le marché. Néanmoins s'il avoit été trompé par cet acheteur qui lui auroit caché le vice de son marché, dont ledit acheteur avoit connoissance, il pourroit se faire restituer, *ex causâ doli*, contre le retrait qu'il a exercé, et en conséquence faire condamner cet acheteur à lui rendre tout ce qu'il lui a payé pour la cause dudit retrait, sous la déduction de ce qu'il auroit reçu du vendeur par qui il a été évincé.

Par la même raison, lorsque le marché est simulé, le retrayant majeur est restituable *ex causâ doli*, contre le retrait qu'il a exercé sur l'acheteur qui ne l'a pas averti de la simulation qu'il ne pouvoit ignorer.

120. Le retrayant peut aussi, par la seule cause de sa minorité, se faire restituer contre le retrait qu'il a exercé, quoiqu'il ne soit intervenu aucun dol de la part de l'acheteur sur qui il l'a exercé; Tiraqueau, *ad finem tit. n.* 51; Grimaudet, IV, 34, 35.

ARTICLE IV.

De quand les contrats qui sont sujets au retrait y donnent-ils ouverture?

121. C'est une question, si la vente faite à un étranger donne ouverture au retrait lignager aussitôt qu'elle est parfaite par le consentement des parties, quoiqu'elle n'ait pas été consommée par la tradition. Dumoulin, *in Cons. Par.* §. 20, *gl.* 3, *n.* 10, tient l'affirmative. La raison est, que le droit de retrait lignager étant le droit qu'ont les lignagers d'être préférés aux étrangers, et de prendre leur marché, lorsqu'un héritage de leur famille est vendu, il

suffit qu'il y ait un marché parfait et conclu, pour que le droit de retrait soit ouvert. Si l'on ne peut retirer sur l'acheteur l'héritage même avant qu'il en ait été mis en possession par la tradition, on peut retirer sur lui l'action *ex empto* qu'il a pour se le faire délaisser. L'acheteur dont le lignager veut prendre le marché par le retrait qu'il exerce sur lui, n'a aucun intérêt d'opposer contre la demande du lignager le défaut de tradition de l'héritage; car cela est indifférent à cet acheteur, qui n'a d'autre intérêt que d'être indemnisé. Quant à l'objection qu'on fait, que l'héritage, quoique vendu à un étranger, étant encore dans la famille jusqu'à la tradition, il ne peut y avoir encore lieu au retrait, qui n'est établi que pour y faire rentrer les héritages qu'on en a fait sortir; la réponse est, que cette objection suppose ce qui est en question. Le retrait lignager est établi pour la conservation des héritages dans les familles. Il parvient à cette fin, soit qu'il s'exerce après la tradition, en faisant rentrer dans la famille l'héritage que l'exécution de la vente faite à l'étranger en avoit fait sortir; soit qu'il s'exerce avant la tradition, en empêchant que cette vente ne l'en fasse sortir.

On peut encore, contre la décision de Dumoulin, tirer argument des termes de l'*art.* 129 de la coutume de Paris, *Quand aucun a vendu et transporté*, pour soutenir qu'il ne suffit pas que l'héritage ait été vendu, et qu'il faut encore que la tradition soit intervenue. Dumoulin répond à cette objection en disant qu'il ne faut pas trop presser les termes des coutumes; que ces termes, *et transporté*, ne doivent pas être entendus d'une manière *restrictive*, mais *énonciative*, parcequ'ordinairement c'est par la tradition qui transporte à l'acheteur étranger l'héritage, que la vente est connue, et qu'elle donne lieu au retrait. La question souffre difficulté.

122. Lorsque la vente a été contractée sous cette condition suspensive, y a-t-il lieu au retrait avant l'accomplissement de la condition? On pourroit peut-être dire qu'il suffit qu'il y ait eu un marché, quoique fait sous une condi-

tion, pour que le lignager doive être admis à prendre pour son compte ce marché tel qu'il est, et à la charge de la condition sous laquelle il a été contracté. Néanmoins je pense qu'on doit décider qu'il n'y a pas lieu au retrait jusqu'à l'accomplissement de la condition, parcequ'il n'y a pas encore de vente, et que c'est la vente qui produit le retrait. C'est ce que décide Dumoulin, *d.* §. 20, *gl.* 5, *n.* 23.

Lorsque la condition n'est que résolutoire, la vente étant en ce cas parfaite, il n'est pas douteux qu'elle donne ouverture au retrait.

123. Lorsque la vente a été faite par un autre que par le propriétaire, quoique la tradition soit intervenue, ce n'est que du jour du consentement donné à la vente par ce propriétaire, qu'il y a ouverture au retrait, au profit de la famille de ce propriétaire; car ce n'est que par ce consentement qu'il est censé vendre, et que l'héritage est mis hors de la famille.

Il en est autrement lorsqu'on a vendu l'héritage de quelqu'un en vertu de sa procuration, quoiqu'on ait promis de rapporter, pour plus grande sûreté, une ratification: l'action en retrait est ouverte par le contrat, sans qu'il soit besoin d'attendre la ratification, qui est superflue.

124. Pareillement lorsqu'un mineur a vendu son héritage propre, et que, devenu majeur, il ratifie, c'est du jour du contrat de vente que le retrait est ouvert; car la nullité de l'aliénation des héritages des mineurs n'est pas une nullité absolue, mais relative, et en faveur du mineur seulement. L'acte n'est nul que dans le cas auquel le mineur, ou ceux qui succèdent à ses droits, jugeroient à propos de s'en plaindre, et d'avoir recours aux lettres de rescision. L'acte par lequel il ratifie en majorité, est un acte par lequel il renonce à s'en plaindre; mais ce n'est pas par cet acte, c'est par la vente qu'il a faite de son héritage, qu'il l'a mis hors de sa famille; et c'est cette vente qui donne ouverture au retrait, et non la ratification.

125. Il semble qu'il en doit être autrement d'une vente qu'une femme sous puissance de mari auroit faite sans être autorisée, et qu'elle auroit ratifiée en viduité : l'acte qu'elle a fait sous puissance de mari est un acte absolument nul; la ratification qu'elle en a faite en viduité n'est pas proprement une ratification, ce qui est nul ne pouvant être confirmé; c'est un vrai contrat de vente qu'elle a fait de nouveau, par lequel elle a mis son héritage propre hors de sa famille. La vente qu'elle en avoit faite lorsqu'elle étoit sous puissance de mari ne l'en a pas fait sortir, puisque cette vente étant un acte absolument nul, ne pouvoit avoir aucun effet.

126. Il y a certaines causes qui arrêtent l'ouverture du droit de retrait, telles que sont, 1° la communauté de biens en laquelle est l'acquéreur étranger conjoint par mariage avec une personne lignagère, tant que cette communauté dure; 2° les enfants lignagers de l'acquéreur étranger, tant qu'il y a espérance qu'ils succéderont à l'héritage. *Voyez sur ces deux causes qui arrêtent l'ouverture du retrait, le chapitre suivant, art. 3.*

CHAPITRE V.

À qui le retrait lignager est-il accordé? Par qui et sur qui peut-il être exercé?

ARTICLE PREMIER.

À qui le retrait est-il accordé?

127. Le retrait lignager est accordé par les coutumes à la famille du vendeur. De là deux questions. La première : Qui est, dans cette matière, réputé le vendeur, à la famille duquel le droit de retrait lignager est accordé? 2° Quelle est la famille du vendeur à qui ce droit est accordé?

§. I. Qui est réputé le vendeur à la famille duquel le retrait lignager est accordé.

128. Le vendeur, dans cette matière, est celui qui aliène son héritage à titre de vente, ou à quelque autre titre équipollent à vente, soit que ce soit lui-même qui l'ait vendu, soit qu'il ait seulement consenti, ou qu'il ait été forcé de consentir à la vente qui en a été faite par un autre.

Suivant ce principe, lorsque c'est le mari qui a vendu en son nom l'héritage propre de sa femme, et que la femme a seulement consenti à la vente, c'est la femme qui, dans cette matière de retrait lignager, est censée la venderesse, et c'est au profit de la famille de la femme que le retrait lignager est ouvert; car c'est la femme qui, par le consentement qu'elle a donné à cette vente, a aliéné cet héritage, et l'a mis hors de sa famille.

129. Dans les coutumes qui accordent le retrait des acquêts, lorsqu'un mari vend un héritage conquêt de sa communauté, la famille de la femme a-t-elle droit de retrait lignager? ou ce droit appartient-il pour le total à celle du mari? On peut dire pour la famille de la femme, que le mari n'est seigneur et propriétaire des conquêts qu'en sa qualité de chef de la communauté; ce n'est qu'en cette qualité qu'il les vend : d'où il semble suivre que la femme est censée les vendre conjointement avec lui, *ejus organò*, et pour la part qu'elle y a au moins *habitu;* et conséquemment que le droit de retrait doit être ouvert au profit de sa famille pour cette part.

Nonobstant ces raisons, Tiraqueau, *art.* 32, *n.* 100, décide que le droit de retrait appartient pour le total de l'héritage à la famille du mari, et que celle de la femme n'y peut prétendre aucune part. La raison est, que pendant que la communauté dure, le mari, suivant notre droit coutumier, est réputé seul seigneur *formaliter* des acquêts qu'il a faits durant la communauté; le droit qu'y a la femme n'est qu'un droit *in spe et in habitu*, qui se termine à celui de prendre part aux biens dont la communauté se

trouvera composée lors de la dissolution. La condition d'où dépend tout le droit qu'elle y peut prétendre, venant à défaillir par l'aliénation même qui en est faite, elle ne peut être considérée comme ayant véritablement une part dans les conquêts que son mari vend durant la communauté, et conséquemment sa famille n'en peut prétendre le retrait.

Tiraqueau apporte une exception à sa décision, et il dit que si la femme a été venderesse du conquêt avec son mari, la famille de la femme aura part au retrait pour moitié; et il est suivi par Grimaudet, IV, II. Je pense que, même en ce cas, la famille de la femme n'a aucune part au retrait; les mêmes raisons militent. L'héritage qui est vendu n'en est pas moins un héritage dans lequel la femme n'avoit pas encore un droit formé : si elle s'en est portée venderesse, c'est pour donner plus de sûreté à l'acheteur : la femme se porte venderesse en ce cas, de même qu'un étranger pourroit se porter vendeur.

130. Lorsque le mari vend seul un héritage propre de sa femme qu'elle a ameubli, le droit de retrait appartient-il à la famille de la femme? La raison de douter est, que si la vente de l'héritage propre de la femme, qui n'est pas ameubli, donne lieu au retrait, c'est que la femme, par le consentement qu'elle donne à cette vente, aliène cet héritage, dont elle étoit demeurée la véritable propriétaire; au lieu que dans la vente que fait le mari d'un propre ameubli de sa femme, le consentement de la femme n'intervient point, et n'est point nécessaire pour l'aliénation de cet héritage: il a, par l'ameublissement, cessé d'appartenir à la femme, et il appartient au mari, qui, durant le mariage, est le seul seigneur des biens de la communauté, dont les propres ameublis de la femme font partie. La femme ne peut donc pas être considérée comme la venderesse de cet héritage, et la vente qui en est faite ne peut par conséquent donner ouverture au retrait au profit de sa famille. Nonobstant ces raisons, il faut décider que la vente du propre ameubli de la femme, quoique faite par le mari seul, donne

lieu au retrait lignager au profit de la famille de la femme. La raison est, que l'ameublissement n'est qu'une fiction, qui n'a lieu que pour l'intérêt du mari, et des héritiers du mari, à l'effet que le mari et ses héritiers aient droit de le partager avec la femme et les héritiers de la femme, de même que s'il étoit véritablement un bien de la communauté, et à l'effet que le mari ait le droit d'en disposer comme des biens de la communauté. Mais suivant la maxime, que les fictions n'ont pas d'effet hors les cas pour lesquels elles sont établies, *Fictio non operatur ultrà casum fictionis;* dans tous les cas dans lesquels il n'est pas question de l'intérêt du mari, le propre ameubli de la femme conserve sa qualité de propre qu'il avoit avant le mariage. C'est en conséquence de ce principe, que ces propres ameublis sont sujets aux réserves coutumières dans le testament de la femme, et que la succession en appartient aux héritiers des propres de la femme, sans préjudice de la part qu'y doit avoir le mari. Suivant le même principe, on doit décider que la vente que le mari fait des propres ameublis de la femme, est véritablement la vente d'un propre de la femme, qui doit donner ouverture au retrait au profit de la famille de la femme. L'ameublissement renferme un consentement à la vente qu'il plaît au mari de faire de cet héritage, lequel consentement rend la femme venderesse de cet héritage : l'ameublissement ne l'en a pas encore expropriée ; elle ne peut l'être que par la vente ou autre disposition qu'en fait le mari, ou par un partage de la communauté, par lequel l'héritage ameubli tomberoit au lot du mari, ou des héritiers du mari, lequel partage est l'exécution réelle et la consommation de l'ameublissement. C'est ce qu'enseigne Dumoulin, *in Cons. Par.*, §. 78, *gl.* 1, *n.* 104. *Si maritus in vim dictæ clausulæ* (d'ameublissement) *totam domum vendat, tota cadit in jus retractûs proximitatis cognatis filiæ..... non obstante dictâ clausulâ contractûs matrimonii, quæ non concernit nisi interesse mariti tantùm.*

Ailleurs le même Dumoulin, *in not. posth.*, *ad* §. 184,

n. 6, fait difficulté d'assujettir au retrait envers la famille de la femme, la part du mari dans le propre ameubli de la femme : il finit néanmoins par dire qu'il est favorable de l'y assujettir pour le total. Je pense qu'on le doit décider ainsi par les raisons ci-dessus rapportées : c'est l'avis des annotateurs de Duplessis, sur le chap. 6.

131. Suivant notre principe, lorsque l'héritage propre d'un débiteur est, sur la saisie réelle qui en a été faite par ses créanciers, vendu et adjugé par décret, c'est ce débiteur saisi qui en est censé le vendeur, et c'est en conséquence au profit de sa famille qu'il y a ouverture au retrait lignager; car c'est lui qui l'aliène, et qui en est censé le vendeur, par le consentement qu'il est forcé de donner à la vente et à l'adjudication qui en est faite.

Il en est de même si l'héritage étoit saisi et vendu sur un curateur à sa succession vacante; car sa succession vacante le représente, suivant cette régle de droit, *Hæreditas personæ defuncti vicem sustinet.*

132. Mais si, sur la demande hypothécaire d'un créancier de celui de qui mon père avoit acquis l'héritage qu'il m'a transmis dans sa succession, j'ai délaissé cet héritage, et qu'il ait été saisi et vendu par décret sur un curateur au délais, il n'y aura pas ouverture au retrait; *Paris*, *art.* 153. On ne peut pas dire en ce cas que ce soit moi qui suis censé le vendre et l'aliéner par la vente qui en est faite sur ce curateur au délais, puisque ce n'est pas sur moi qu'il est vendu, et que je l'avois abdiqué par le délais que j'en ai fait.

Il en seroit autrement si, sur cette action, je m'étois laissé condamner au paiement de la somme pour laquelle l'héritage étoit hypothéqué, et que je l'eusse laissé saisir et vendre sur moi.

133. Lorsqu'un débiteur a fait une cession de ses biens à ses créanciers, qui en conséquence les vendent en direction, les lignagers du débiteur ont droit de retrait : car c'est lui qui est censé le vendeur par le ministère de ses créanciers, la cession qu'il a faite ne renfermant qu'un pouvoir

qu'il donne à ses créanciers de vendre ses biens et d'en percevoir le prix, et les fruits jusqu'à la vente, en paiement de leurs créances; *arrêt dans Montholon*, 123; *Leprestre*, 11, 34, *et autres.*

134. Il résulte de tout ce qui a été dit ci-dessus, que lorsque ce n'est pas en mon nom, et comme chose à moi appartenante, que je vends l'héritage d'autrui, mais au nom de celui qui en est le propriétaire, qui y consent, ou est forcé d'y consentir, c'est ce propriétaire qui en est le vendeur, et c'est à sa famille que la loi défère le droit de retrait lignager. Mais si étant en possession de l'héritage d'autrui, je le vends en mon nom, et comme chose à moi appartenante, c'est moi qui suis le vendeur, et ce n'est qu'au profit de ma famille que cette vente peut donner ouverture au droit de retrait; elle n'y peut donner ouverture au profit de celle du véritable propriétaire; car le propriétaire n'ayant ni vendu, ni consenti à la vente, on ne peut pas dire qu'il soit le vendeur. D'ailleurs, quoiqu'il soit effectivement le propriétaire, néanmoins il n'est pas réputé l'être; c'est moi qui suis présumé l'avoir été, puisque je possédois l'héritage lorsque je l'ai vendu : car c'est un principe, que tout possesseur est présumé le propriétaire de la chose qu'il possède, tant qu'elle n'est pas réclamée, et qu'il n'en est pas évincé.

Si, depuis cette vente, il intervenoit un acte entre le vrai propriétaire et l'acheteur, par lequel ce vrai propriétaire ratifiât la vente, cet acte de ratification étant un acte par lequel ce propriétaire met hors de sa famille l'héritage dont il ratifie la vente, donneroit-il lieu au retrait? Il faut distinguer. Si cet acte étoit une transaction par laquelle le propriétaire, pour une somme d'argent, se désisteroit de ses prétentions sur l'héritage, et ratifieroit, en tant que besoin seroit, la vente qui en a été faite; cet acte étant une transaction *de re dubiâ et incertâ*, n'établiroit point que le propriétaire, avec qui l'acheteur a transigé, le fût effectivement, et ne donneroit point par conséquent ouverture au retrait au profit de la famille. Mais si, par cet acte, le droit

de ce propriétaire étoit justifié et reconnu par l'acheteur, et que néanmoins ce propriétaire consentît que l'héritage demeurât à l'acheteur par une nouvelle vente qu'il lui en feroit par cet acte ; je pense qu'en ce cas cet acte donneroit ouverture au retrait au profit de sa famille.

§. II. Quelle est la famille du vendeur à qui le droit de retrait lignager est accordé.

135. Suivant la coutume de Paris et le droit le plus commun, le droit de retrait lignager est accordé à la famille du vendeur du côté d'où procède le propre qui a été vendu.

Ce n'est donc point indistinctement à toute la famille du vendeur que le droit de retrait lignager est accordé, mais à celle du côté d'où procède le propre qui a été vendu ; c'est-à-dire, à ceux des parens qui touchent au moins de parenté collatérale celui qui a mis l'héritage dans la famille. Par exemple, si le propre que j'ai vendu avoit été mis dans ma famille par mon bisaïeul paternel qui l'avoit acquis, le droit de retrait lignager n'appartiendroit qu'à ceux de mes parens qui le sont par ce bisaïeul, qu'ils touchent au moins de parenté collatérale. Il n'appartiendroit ni à aucun de mes parens maternels, ni à ceux de mes parens paternels qui ne seroient mes parens que par mon aïeule ou par ma bisaïeule, et non par ce bisaïeul.

136. Lorsqu'un héritage est depuis si long-temps dans une famille, qu'on ne connoît pas celui qui l'y a mis, le propre est en ce cas censé procéder du plus ancien de la famille qui est connu pour en avoir été le possesseur. Par exemple, si cet héritage est compris dans le partage de mon trisaïeul paternel, sans qu'il paroisse si c'est mon trisaïeul qui l'avoit acquis, ou s'il le tenoit lui-même de la succession de son père ou de sa mère, ou de quelques autres de ses parents; ne trouvant pas de titres plus anciens que ce partage, le propre est en ce cas censé procéder de ce trisaïeul sans remonter plus haut, et le droit de retrait lignager appartient à ceux de ma famille qui touchent ce trisaïeul au moins de parenté collatérale.

137. Le droit de retrait lignager est encore plus restreint dans les coutumes qu'on appelle *souchères*.

Ces coutumes ne l'accordent qu'à la postérité de celui qui a mis l'héritage dans la famille, de même que ce n'est qu'à cette postérité qu'elles affectent la succession des propres.

Quoique notre coutume d'Orléans, lors de sa réformation, ait cessé d'être souchère pour la matière des successions, et qu'elle affecte la succession des propres aux parents du défunt qui touchent au moins de parenté collatérale celui qui a mis l'héritage en la famille, néanmoins elle a continué d'être souchère par rapport à la matière du retrait lignager, et elle n'accorde ce droit de retrait qu'à ceux qui sont descendus de celui qui a mis l'héritage dans la famille. C'est ce qui résulte de ces termes de l'art. 363, *Le parent du vendeur* ISSU ET DESCENDU *de la ligne, souche et fourchage dont vient ledit héritage;* et encore plus par l'article 380, où il est dit, que lorsque quelqu'un vend un héritage qui lui est avenu de la succession de son père qui l'avoit acquis, ses frères et sœurs et leurs enfants sont admis au retrait lignager, et que les oncles et cousins n'y sont pas admis.

138. Autant que les coutumes souchères restreignent le retrait, autant, au contraire, celle de Bourgogne l'étend : elle l'accorde à toute la famille du vendeur, même à celle qui est étrangère à celui d'où le propre procède, *tit.* 10, *art.* 4, en donnant néanmoins la préférence aux parents du côté d'où procède le propre.

139. Les coutumes, pour la plupart, accordent le droit de retrait lignager à la famille du vendeur, sans aucune limitation de degré. C'est pourquoi celui qui, dans les coutumes de côté et ligne, peut justifier qu'il touche de parenté au moins collatérale celui qui a mis l'héritage dans la famille; ou, dans les coutumes souchères, celui qui justifie qu'il en est descendu, est admis au retrait, ne fût-il parent du vendeur qu'au vingtième ou au trentième degré.

Quelques coutumes néanmoins ont limité le degré. Par exemple, celle de Nivernois, *chap.* 31, *art.* 1, accorde le retrait *jusqu'au sixième degré de consanguinité inclus, et non plus;* ce qui doit s'entendre selon la computation du droit civil, comme le remarque Coquille sur ledit article; c'est-à-dire que le retrait n'est accordé que jusqu'au degré des cousins issus de germain inclusivement.

Les coutumes de Normandie et de Bretagne sont aussi du nombre de celles qui ont limité le degré dans lequel les parents peuvent être admis au retrait; celle-ci au neuvième degré, l'autre au septième.

ARTICLE II.

Par qui le retrait peut-il être exercé?

§. I. Quelles sont les personnes qui peuvent être admises, ou non, au retrait lignager; et quelles causes peuvent, ou non, les en exclure.

140. Quiconque est de la famille du vendeur, à laquelle la coutume accorde le droit de retrait lignager, est admis au retrait. Il n'importe à quel degré, lorsque la coutume n'a pas limité le degré.

141. Pour que quelqu'un puisse prétendre être de cette famille, il faut que la parenté qu'il a avec le vendeur soit une parenté légitime. *Voyez notre Introduction au titre des successions de la coutume d'Orléans*, *n.* 13.

De là cette maxime, *Qui n'est habile à succéder, n'est habile à retraire.*

142. Il ne faut pas néanmoins conclure de cette maxime, que dans les coutumes qui n'appellent à la succession des propres, à défaut d'enfants, que les collatéraux et non les ascendants, les ascendants de la ligne ne soient pas habiles au retrait: car ces coutumes n'ont voulu autre chose, sinon que les collatéraux fussent préférés aux ascendants dans la succession des propres; mais elles n'ont pas voulu les rendre absolument inhabiles à la succession de ces propres, à laquelle ils peuvent venir à défaut des collaté-

raux. Ils ne sont donc pas inhabiles à succéder, ni par conséquent à retraire. C'est l'avis de Tiraqueau, 93, *ad fin. tit.*

143. Ceux qui ont perdu l'état civil, soit par la profession religieuse, soit par une condamnation capitale, ne sont plus censés de la famille, les droits de famille faisant partie de l'état civil qu'ils ont perdu.

144. Un novice, tant qu'il n'a pas encore fait profession, conserve son état civil. C'est pourquoi il n'est pas douteux qu'il peut, même la veille de sa profession, donner valablement une demande en retrait lignager, et transmettre par ce moyen cette action à ses héritiers, qui seront reçus à reprendre l'instance; *Grimaudet*, 11, 17.

145. Les étrangers non naturalisés n'ayant pas le droit de succéder à leurs parents françois, ne doivent pas non plus avoir le droit de retrait de leurs héritages, suivant la maxime, *Qui n'est habile à succéder, n'est habile à retraire.*

146. Un parent de la famille à qui le droit de retrait lignager est accordé, peut être admis à ce retrait, quoique, lors du contrat de vente qui y a donné ouverture, il ne fût encore ni né, ni même conçu; *Reims, art.* 194, *et plusieurs autres.* Pareillement un légitimé *per subsequens matrimonium* y est admis, quoique le mariage qui l'a légitimé ne soit intervenu que depuis l'ouverture du retrait. La raison est, que c'est à la famille en général que la coutume accorde le retrait lignager, et non à aucune personne déterminée de la famille. Les particuliers de cette famille n'acquièrent ce droit qu'en se l'appropriant, *jure quodam occupationis*, par la demande en retrait lignager qu'ils intentent; c'est pourquoi il suffit qu'ils existent au temps que cette demande est donnée.

147. On peut donner cette demande sous le nom d'un parent qui n'est pas encore, mais seulement conçu, en faisant pour cet effet créer un curateur au posthume; ce qui est conforme à cette règle de droit, *Qui in utero est, pro jam nato habetur, quotiès de commodo ejus agitur;* l. 231,

ff. *de ver. sig.* Mais cette demande n'a d'effet qu'autant que cet enfant au nom de qui on a donné la demande, naîtra vivant et à terme.

148. L'exhérédation n'exclut pas l'exhérédé du retrait lignager des héritages de la succession de son père ou de sa mère par qui il a été exhérédé, lorsque ses frères et sœurs les vendront; car l'exhérédation ne le prive que du droit de succéder, et non des autres droits de la famille, dont celui de retrait lignager fait partie. On doit dire la même chose des filles que certaines coutumes excluent de la succession lorsqu'elles ont été mariées et dotées.

149. Il est évident que le vendeur ne peut pas de son chef exercer le retrait lignager; car outre que les coutumes n'accordent pas le retrait au vendeur, mais *aux parents du vendeur*, il répugne que le vendeur l'exerce. Le retrait lignager n'étant autre chose que le droit de prendre le marché de l'acheteur étranger, et de se rendre acheteur à sa place, il est évident qu'il répugne que la même personne soit tout à-la-fois, à l'égard d'un même marché, le vendeur et l'acheteur.

150. Le vendeur ne peut pas, à la vérité, exercer le retrait sur sa propre vente qu'il a faite à un étranger; mais rien n'empêche que celui qui a vendu son héritage à son lignager ne puisse le retirer sur la vente qu'en auroit faite depuis ce lignager à un étranger; car ce n'est pas en ce cas sur la sienne qu'il l'exerce.

151. Lorsque deux propriétaires de portions indivises, ou même divisées, d'un héritage, ont vendu conjointement cet héritage *indefinitè et sub specie unitatis*, ils sont censés chacun vendeur de tout l'héritage, et chacun d'eux ne peut par conséquent exercer le retrait lignager de la portion de son copropriétaire. Cette décision a lieu, quoiqu'ils n'aient pas vendu solidairement : car le défaut de solidité n'a d'autre effet que de diviser entre eux l'obligation de garantie en cas d'éviction; mais il n'empêche pas qu'ils ne soient censés avoir chacun vendu l'héritage entier

à l'acheteur, qui vouloit acheter un héritage entier, et ne vouloit pas acheter des portions; *Molin., in Cons. Par.*, §. 20, *gl.* 1, *n.* 13, 14 *et* 15.

Cette décision a lieu toutes les fois que l'acte commence par une vente de l'héritage que plusieurs font ensemble, quoique par la suite de l'acte on exprime les portions indivises, ou même divisées, que chacun des vendeurs a dans cet héritage, et que le prix soit assigné pour la portion que chacun des vendeurs y a : comme, par exemple, s'il étoit dit que trois frères, *Pierre, Jacques et Jean, ont vendu à Robert un tel héritage, dont une moitié appartient audit Pierre, aîné, et un quart à chacun des puînés, Jacques et Jean; que lesdits Pierre, Jacques et Jean ont promis, chacun pour les portions qu'ils y ont, garantir ledit Robert.... laquelle vente est pour le prix de* 6,000 *liv. pour la moitié qui en appartient audit Pierre, et pour le prix de* 3,000, *pour le prix de chacune des autres portions qui appartiennent à chacun des autres vendeurs Jacques et Jean.* Chacun des vendeurs, dans cette espèce, ne laisse pas d'être vendeur de l'héritage entier, et ne peut par conséquent être admis au retrait des portions de ses copropriétaires.

152. Il en seroit autrement si l'acte contenoit, non une seule vente de l'héritage, mais des ventes que chacun des propriétaires auroit faites de sa portion, chacun pour un prix séparé : comme s'il étoit dit : *Sont comparus Pierre, Jacques et Jean, lesquels ont vendu à Robert; savoir, Pierre, la moitié dans un tel héritage, pour le prix de* 6,000 *liv.; Jacques et Jean, le quart qui appartient à chacun d'eux dans ledit héritage, pour la somme de* 3,000 *liv. que Robert paiera à chacun d'eux pour le prix de leurdit quart.* Cet acte renferme trois ventes séparées que chacun des propriétaires fait de sa portion seulement, et par conséquent n'étant pas vendeur des portions de ses copropriétaires, il ne doit pas être exclus du retrait desdits portions; *Molin., ibid., n.* 15.

Vaslin, sur la Rochelle, paroît être d'un avis contraire. Les deux raisons qu'il en donne ne me paroissent pas solides. Il dit, 1° que le vendeur qui a vendu sa portion,

n'est pas recevable à prétendre qu'il a une juste affection pour les autres portions, ni par conséquent fondé dans le retrait de ces portions, le droit de retrait n'étant accordé que pour la raison d'affection. La réponse est, qu'une personne, par la nécessité de ses affaires, a pu vendre sa portion dans un héritage, nonobstant l'affection qu'elle avoit pour cet héritage : cette vente n'empêche donc pas qu'elle ne puisse prétendre avoir affection pour les autres portions. Il dit, 2° que lorsque la vente est faite par décret sur deux héritiers bénéficiaires, l'un ne peut retirer la portion de l'autre. La réponse est, que s'il ne le peut, c'est lorsque l'héritage a été vendu *sub specie unitatis*.

153. Quoique le vendeur ne puisse exercer de son chef le retrait lignager, il peut l'exercer en une autre qualité; *putà*, en la qualité de tuteur d'un mineur son parent, ou en la qualité de père et légitime administrateur des droits de ses enfants mineurs : car, en ce cas, ce n'est pas lui proprement qui exerce le retrait; c'est le mineur, ce sont les enfants, auxquels il ne fait que prêter son ministère; quoique, si les enfants refusent de ratifier lorsqu'ils seront majeurs, l'héritage retiré reste au père ou au tuteur.

154. Pareillement, si le vendeur est devenu héritier de son parent qui avoit donné la demande en retrait, rien n'empêche qu'il ne puisse, en cette qualité d'héritier, et du chef de ses parents dont il étoit héritier, reprendre l'instance et exercer le retrait : sa qualité de vendeur, et l'obligation qu'il a contractée envers l'acheteur de le garantir de toutes évictions, ne l'y rend pas non recevable, cette obligation de garantie ne s'étendant pas au retrait lignager, à la charge duquel l'acheteur est toujours censé avoir acheté l'héritage.

Ceci répond aux objections qu'on pourroit faire. On oppose, 1° que le même homme ne peut être tout à-la-fois vendeur et acheteur, ni par conséquent retrayant d'une même chose. Je réponds qu'il est vrai que le même homme ne peut être sous une même qualité le vendeur et l'acheteur, ni par conséquent le retrayant d'une même chose;

mais rien n'empêche qu'il ne le puisse être sous différentes qualités, parcequ'en ce cas *duarum personarum vicem sustinet.* C'est pourquoi rien n'empêche qu'étant de son chef, *et ex propriâ personâ*, vendeur d'un héritage, il ne puisse dans une autre qualité, savoir en la qualité d'héritier de son parent qui en a exercé le retrait, être admis à suivre la demande donnée par ce parent, et à être en cette qualité le retrayant de cet héritage. Si l'acheteur sur qui le retrait est exercé avoit, comme il le devoit, déféré à la demande, l'héritier de ce retrayant auroit recueilli l'héritage dans la succession de son parent, et sa qualité de vendeur de cet héritage ne l'auroit pas empêché de l'y recueillir: elle ne doit pas pareillement l'empêcher de recueillir le droit qui résulte de la demande que son parent a donnée pour se le faire délaisser. L'acheteur ne doit pas profiter de la demeure injuste en laquelle il a été de délaisser cet héritage pour le retenir, et se dispenser de le délaisser à l'héritier du demandeur en retrait. On oppose en second lieu, que la qualité de vendeur qu'a de son chef l'héritier du demandeur en retrait, résiste à la reprise de la demande en retrait, parceque ce seroit venir contre son propre fait. Je réponds, que venir contre son propre fait, c'est venir contre quelque engagement qu'on a contracté: le vendeur n'ayant pas contracté l'engagement d'empêcher le droit de retrait des lignagers, ayant au contraire vendu à la charge de ce retrait, il ne revient pas contre son propre fait, en reprenant en la qualité qu'il a d'héritier d'un lignager, la demande en retrait donnée par ce lignager.

155. On doit pareillement décider qu'un parent lignager du vendeur, quoiqu'il soit devenu héritier du vendeur, n'en est pas moins recevable à exercer le retrait lignager. Paris, *art.* 142, Orléans, *art.* 402, en ont des dispositions.

Cette décision a lieu, quand même en fin du contrat de vente il y auroit cette clause, *promettant ledit vendeur de n'apporter aucun empêchement, ni par lui, ni par ses héritiers, à l'entier accomplissement du présent contrat;* car cette clause est une clause de pur style, qui ne contient autre

chose que la promesse que fait le vendeur d'accomplir, et de faire accomplir par ses héritiers les obligations qu'il a contractées : mais le vendeur n'ayant pas garanti du retrait lignager l'acheteur, cette clause ne peut empêcher son héritier d'exercer le droit de retrait qu'il a de son chef.

La clause par laquelle le vendeur auroit promis de défendre l'acheteur de quelque espéce d'éviction que ce fût, ne renferme pas non plus la garantie du retrait lignager; car cette clause ne renferme que les évictions dont il existoit, au temps du contrat, quelque cause étrangère au contrat, et non celle qui pourroit arriver par le retrait lignager, puisque c'est le contrat même, et par conséquent le fait de l'acheteur lui-même qui y donne lieu. C'est ce que décide Tiraqueau, *quæst.* 22, *ad fin. tit.*

156. S'il y avoit une clause précise par laquelle le vendeur auroit expressément garanti l'acheteur du retrait lignager; dans l'opinion de quelques auteurs qui ont écrit que cette clause étoit nulle, les héritiers du vendeur ne seroient pas même en ce cas exclus du retrait. Mais nous avons rejeté cette opinion *suprà, n.* 13; et en supposant la clause valable, il n'est pas douteux que les héritiers du vendeur qui a subi une pareille clause, sont non recevables à exercer de leur chef le retrait, étant, en leur qualité d'héritiers, tenus d'en défendre l'acheteur. C'est le cas de la fameuse régle, *Quem de evictione tenet actio*, *eum agentem repellit exceptio*, que nous avons expliquée en notre Traité du contrat de vente. Néanmoins Lemaître, sur Paris, en convenant de la validité de la clause, pense que les héritiers ne laissent pas d'être recevables au retrait, et qu'ils sont seulement, par cette clause, tenus des dommages et intérêts de l'acheteur, résultants de l'éviction : mais cette opinion est manifestement contraire aux principes.

157. Celui qui s'est rendu caution pour le vendeur, n'est pas pour cela exclus du droit de retrait lignager qu'il a de son chef; car ce cautionnement ne le rend pas vendeur, il contracte seulement une obligation de garantie qui ne s'étend pas au retrait.

158. Un parent qui, comme fondé de procuration, a vendu l'héritage de son parent à un étranger, peut en exercer le retrait de son chef. Il en est de même d'un tuteur qui a été partie dans une licitation en sa qualité de tuteur, et qui a vendu en cette qualité l'héritage où son mineur avoit partie, à un étranger qui s'en est rendu adjudicataire; car ce tuteur et ce fondé de procuration ne sont pas les vendeurs; c'est le mineur et celui qui a donné la procuration, qui le sont par leur ministère.

Par la même raison, si j'ai été créé curateur à la succession vacante de mon parent, je ne serai pas exclus du retrait des héritages de cette succession qui ont été vendus sur moi à un étranger; car ce n'est pas le curateur sur qui la vente est faite qui est le vendeur, c'est le défunt, représenté par la succession.

159. En est-il de même d'un héritier bénéficiaire qui vend en cette qualité un héritage de cette succession bénéficiaire? La raison de douter est qu'il ne s'oblige pas personnellement par le contrat, et qu'il oblige seulement la succession; d'où il semble suivre que ce n'est pas lui, mais la succession qui est le vendeur, et conséquemment qu'il ne doit pas être exclus du retrait. Néanmoins il a été jugé par deux arrêts rapportés par Bouguier, et cités par Lebrun, *Traité des successions*, *l.* 3, *ch.* 4, *n.* 24, qu'il n'y étoit pas recevable. La raison est, que ce n'est pas par une pure fiction que la succession bénéficiaire est distinguée de la personne du vendeur, et que cette fiction n'a lieu que vis-à-vis des créanciers de la succession, et à l'effet seulement que l'héritier bénéficiaire ne soit pas tenu des dettes de cette succession sur les biens qu'il a d'ailleurs: mais dans la réalité, l'héritier bénéficiaire est le vrai propriétaire des biens de la succession bénéficiaire: lorsqu'il les vend, quoiqu'en qualité d'héritier bénéficiaire, c'est lui qui en est le vendeur, et conséquemment il ne peut en exercer le retrait.

Lebrun, *ibid.*, *n.* 72, excepte mal-à-propos le cas auquel cet héritier bénéficiaire auroit depuis renoncé à la succes-

sion; car cette renonciation n'est qu'un simple abandon des biens, lequel n'empêche pas qu'il ne soit héritier, ni par conséquent qu'il ne soit le véritable vendeur.

160. Celui sur qui l'héritage est vendu par décret en est le seul vrai vendeur, puisque c'est lui qui, par l'adjudication par décret, l'aliène et le met hors de sa famille; le saisissant et les opposants, quoiqu'ils en aient poursuivi la vente, et qu'ils en aient touché le prix, ne sont pas pour cela vendeurs, et ne sont pas exclus, s'ils sont lignagers du débiteur, d'exercer le retrait dans les coutumes où les ventes par décret sont sujettes au retrait.

161. On a agité la question, si le juge qui a fait l'adjudication devroit être admis au retrait. La raison de douter est, qu'il pourroit y avoir lieu de craindre que si un juge pouvoit être admis au retrait, un juge qui se proposeroit d'exercer le retrait sur l'adjudication qu'il prononceroit, ne précipitât cette adjudication, et ne la fît pas porter à si haut prix qu'elle pourroit monter, pour profiter du bon marché. Néanmoins les auteurs qui ont agité cette question, Brodeau et Lemaître, décident que le juge y doit être admis, parcequ'on ne doit pas mal présumer de la probité des juges, et que ces adjudications se font publiquement.

162. La convention qu'un lignager a eue avec l'acheteur, soit avant, soit depuis le contrat de vente, de ne pas exercer le retrait, l'y rend non recevable; car il est permis à chacun de renoncer à un droit établi en sa faveur.

Lemaître, sur Paris, cite un arrêt du parlement de Rouen, du 13 février 1673, par lequel il prétend avoir été jugé que cette convention pouvoit être opposée, même aux héritiers lignagers de ce lignager: mais cela ne doit être que lorsqu'ils exercent le retrait comme ayant repris l'instance en leur qualité d'héritiers. Si au contraire ils l'exercent de leur chef, étant encore dans le temps, la qualité d'héritiers de celui qui a eu cette convention ne les en exclut point; car par cette convention, celui qui

s'est engagé de ne point exercer le retrait, n'a promis que pour lui, et n'a point garanti l'acquéreur des demandes en retrait qui pourroient être données par d'autres. En cela cette espèce est différente de celle du *n.* 156, dans laquelle le demandeur est exclus, comme ayant succédé aux obligations d'un défunt qui ne s'étoit pas seulement obligé à ne pas donner lui-même de demande en retrait, mais à garantir l'acheteur des demandes de tous autres.

163. Lorsque la convention par laquelle le lignager a promis de ne pas exercer le retrait, n'est pas intervenue avec l'acheteur, mais avec le vendeur avant le contrat de vente, la convention est-elle valable? On peut, sur cette question, distinguer deux cas. Si le vendeur s'est en conséquence obligé envers l'acheteur, par une clause particulière, à le garantir du retrait, il ne peut être douteux que la convention est valable, et qu'elle rend ce lignager non recevable au retrait; car on ne peut pas douter que le vendeur n'ait en ce cas intérêt que le retrait ne soit pas exercé. Mais si le vendeur ne n'est point obligé envers l'acheteur à le garantir du retrait, il y a plus de difficulté: le vendeur n'ayant en ce cas aucun intérêt que le retrait soit ou ne soit pas exercé, la convention qu'il a eue avec son parent pour qu'il ne l'exerçât point, paroît devoir être nulle, suivant les principes de droit rapportés au titre des Instit. *de inutil. stipul.* §. 20 et 21, qui portent que *Alteri stipulari nemo potest, nisi ipsius intersit.* Néanmoins Tiraqueau, §. 1, *gl.* 9, *n.* 128, et Grimaudet, 11, 28, décident que cette convention est valable, et qu'elle peut être opposée par l'acheteur à ce parent du vendeur, pour le faire déclarer non recevable à son retrait. La raison est, que lorsque cette convention est intervenue avant la vente, entre moi qui me proposois de vendre, et mon parent, on ne peut pas dire que je n'avois aucun intérêt de convenir que mon parent n'exerceroit pas le retrait: j'y avois intérêt en ce que l'engagement que ce parent, de la part de qui on pouvoit craindre le retrait, contractoit de ne le pas exercer, servoit à me faire trouver à le vendre plus facilement.

La convention est donc valable; et m'ayant acquis un droit, lorsque j'ai depuis vendu mon héritage, je suis censé avoir vendu à l'acheteur, avec mon héritage, le droit qui résultoit de cette convention: car c'est un autre principe de droit, que celui qui aliène un héritage est censé transporter les droits et actions qu'il a par rapport à cet héritage, lesquels tendent à les conserver. C'est en conséquence qu'il est décidé en la loi 17, §. 5, ff. *de pact.*, que celui qui a succédé à quelqu'un, quoiqu'à titre singulier, à une chose, succède aux droits résultants des conventions que son auteur a eues avec des tiers par rapport à cette chose. *Voyez ce que nous avons dit en notre Traité des obligations*, *n.* 68.

Dans les coutumes qui préfèrent le plus proche parent, si un parent plus éloigné, qui n'auroit pas eu une pareille convention, avoit donné la demande en retrait, le plus proche pourroit exercer le retrait, nonobstant la convention qu'il a eue, soit avec le vendeur, soit avec l'acheteur, de ne le pas exercer; ni le vendeur ni l'acheteur n'ayant en ce cas aucun intérêt de l'empêcher de l'exercer, à moins que l'acheteur ne soutînt que la première demande est nulle, et qu'elle le fût effectivement.

164. Le consentement qu'un lignager ou un seigneur de fief ont donné à la vente de l'héritage les exclut-il du retrait? Dumoulin, *in Cons. Par.* §. 20, *gl.* 1, *n.* 8 *et seq.*, tient la négative. Sa raison est que ce consentement à la vente ne renferme aucune renonciation au droit de retrait; car bien loin que cette vente à laquelle ils consentent soit quelque chose d'opposé à leur droit de retrait, c'est au contraire cette vente qui le produit et y donne lieu: d'où il conclut que *patronus* (*idem* du lignager) *consentiendo venditioni sibi non præjudicat in hoc jure* (*retractus*), *sed potiùs viam sibi ad illud aperit. Nec obstat*, dit-il, *quòd ille consensus nihil operabitur, quia id tolerabilius est, quàm quòd ultrà intentionem consentientis operetur.*

Tiraqueau, qui agite la même question, §. 1, *gl.* 9, *n.* 134 *et suiv.*, rejette l'avis de Dumoulin, et décide que les pa-

rents du vendeur qu'on fait intervenir au contrat pour déclarer qu'ils consentent à la vente, doivent être présumés avoir par là renoncé au droit de retrait.

Cette présomption me paroît sur-tout mériter d'avoir lieu lorsque le lignager n'avoit et ne pouvoit avoir par la suite aucun autre droit sur l'héritage que le droit de retrait; car en ce cas sa renonciation au retrait étant le seul et unique sujet qu'on ait pu avoir pour le faire intervenir au contrat et consentir à la vente, la présomption est que c'est dans cette vue et pour renoncer au retrait qu'il y est intervenu : car il seroit contre toute raison et vraisemblance de supposer qu'il y seroit intervenu pour rien et sans aucun sujet.

Lorsque le lignager qui est intervenu au contrat de vente pour déclarer qu'il y consentoit, avoit ou devoit avoir un jour des droits sur cet héritage; si l'on a exprimé par le contrat quelques droits auxquels ils entendoient renoncer en intervenant et consentant à la vente, on ne pourra pas en inférer qu'il a pareillement entendu renoncer à son droit de retrait; comme lorsque le contrat porte: *Est intervenu un tel, lequel a consenti la présente vente, renonçant à tous les droits d'hypothèque qu'il peut avoir sur l'héritage*, etc. Mais lorsque le contrat ne contient qu'un simple consentement à la vente de l'héritage, sans exprimer quels sont les droits auxquels ce parent a entendu renoncer par ce consentement, on peut soutenir qu'on doit présumer qu'il a entendu, par ce consentement, renoncer à son droit de lignager aussi bien qu'à ses autres droits ; car la renonciation que son consentement renferme étant indéfinie, renferme tout.

165. Tiraqueau, *art.* 26, *gl.* 2, *n.* 5, *et suiv.*, et Grimaudet, 1, 7, pensent qu'un lignager doit être déclaré non recevable au retrait, lorsqu'on rapporte un acte de cession par lequel ce lignager auroit cédé son droit de retrait à un étranger : voici la raison qu'ils rendent de leur décision. Quoique cette cession soit nulle comme cession, le droit de retrait lignager n'étant pas cessible, cette cession, selon

ces auteurs, renferme une abdication et répudiation que le lignager fait de son droit de retrait, qui le rend non recevable à l'exercer. Ils se fondent principalement sur la loi 66, ff. *de jur dot.*, où il est dit que lorsqu'un usufruitier cède son droit à un étranger, quoique cette cession ne soit pas valable à l'effet de faire passer le droit d'usufruit au cessionnaire, le droit d'usufruit n'étant pas cessible, néanmoins elle est valable à l'effet de dépouiller l'usufruitier de son droit, et de le réunir à la propriété. Cet argument que ces auteurs tirent de cette loi, ne me paroît nullement concluant; car la cession dont il est parlé en cette loi doit s'entendre de la cession solennelle *in jure*, qui étoit *civilis modus transferendi dominii*, par laquelle le cédant se dessaisissoit solennellement de la chose ou du droit qu'il cédoit. Mais parmi nous la cession que quelqu'un fait de son droit à un autre par un acte devant notaires, n'a l'effet que d'une simple convention; elle ne dépossède point le cédant du droit qu'il cède; il en demeure toujours propriétaire, jusqu'à ce que le cessionnaire s'en soit mis en une espèce de quasi-possession, en faisant signifier son transport au débiteur, comme nous l'avons vu en notre Traité du contrat de vente, *n.* 555. C'est pourquoi on ne peut pas dire que la cession qu'un lignager a faite de son droit de retrait renferme une abdication qu'il a faite de ce droit, qui le rend non recevable à l'exercer. Il pouvoit d'autant moins l'abdiquer par cette cession, que ce droit n'appartenoit encore qu'à la famille indéterminément, et non à lui, qui n'a pu se l'approprier qu'en formant la demande en retrait. On peut rendre une meilleure raison de la décision de Tiraqueau et de Grimaudet, qui est que cette convention fait présumer de la fraude, et que le lignager n'exerce pas le retrait pour son compte. Néanmoins Grimaudet, x. 20, rapporte un arrêt qui a jugé que le rapport d'une convention par laquelle un lignager seroit convenu avec un étranger de lui céder l'héritage après qu'il l'auroit retiré, ne suffit pas pour exclure le lignager du retrait, pourvu qu'il déclare, ou même qu'il affirme,

s'il en est requis, qu'il n'entend point exécuter cette convention, et qu'il retire pour son compte, sauf à l'acquéreur l'action en répétition du retrait, si par la suite ce lignager cédoit l'héritage à cette personne. La décision de cet arrêt me paroît souffrir beaucoup de difficulté.

166. Lorsqu'un lignager du vendeur se rend acheteur conjointement avec un étranger, il n'est pas censé avoir pour cela renoncé au droit de retrait de la portion qu'a dans la chose acquise son coacquéreur étranger.

167. Lorsqu'un mari est intervenu au contrat pour autoriser sa femme à vendre un de ses héritages propres, et que cè mari est parent lignager de sa femme, cette autorisation ne l'empêche pas d'exercer le retrait : cette autorisation ne contient aucune renonciation du mari à ses droits; elle n'a d'autre fin que de rendre la femme habile à faire l'acte pour lequel son mari l'autorise.

On m'a opposé que cela pourroit donner lieu à une fraude; que je pourrois par ce moyen, de concert avec ma femme dont je suis parent, m'enrichir à ses dépens, en vendant à vil prix son héritage propre à un acheteur supposé, sur lequel j'en exercerois le retrait. Je réponds que la crainte d'une fraude n'est pas une raison suffisante pour m'exclure de mon droit de retrait.

Si le mari n'avoit pas seulement autorisé sa femme, mais avoit vendu avec elle, il n'est pas douteux que sa qualité de vendeur l'excluroit du retrait.

168. Un parent n'est pas non plus exclus du droit d'exercer le retrait de l'héritage vendu par son parent, pour avoir reçu comme notaire le contrat de vente, ou y avoir assisté comme témoin; *Tiraqueau*, *ibid.*

169. Néanmoins si le contrat de vente contenoit une clause par laquelle le vendeur auroit assuré l'acheteur n'avoir aucuns parents qui eussent qualité pour exercer le retrait, le notaire lignager du vendeur, qu'on doit facilement présumer avoir eu connoissance de sa parenté, devroit être exclus du retrait par l'exception de dol, ayant concouru, en recevant l'acte où étoit cette clause, à trom-

per l'acheteur. On ne doit pas étendre cette décision au lignager qui auroit signé cet acte comme notaire en second : on ne peut pas dire que celui-ci ait concouru à tromper l'acheteur; car il est notoire que les notaires qui signent en second n'assistent pas à l'acte, et n'ont pas connoissance de ce qu'il contient; et cet usage, quelque irrégulier qu'il soit, est toléré, et pratiqué par les notaires les plus honnêtes gens.

A l'égard des témoins instrumentaires, un honnête homme ne pouvant pas, *salvo pudore*, signer en cette qualité un acte, s'il n'y a été présent; un lignager qui auroit signé en cette qualité me paroîtroit non recevable à dire qu'il ignoroit ce que l'acte contenoit; *cùm nemo possit propriam allegare turpitudinem*. J'ai vu néanmoins des jurisconsultes qui les y croyoient recevables.

170. Quoique la vente que j'ai faite de mon héritage propre à un étranger n'ait été faite qu'au refus d'un parent à qui j'avois proposé le marché, ce parent n'est pas pour cela exclus du retrait; il peut n'avoir pas eu la commodité d'acheter lorsqu'on lui a présenté le marché, et l'avoir aujourd'hui. La coutume accordant aux lignagers le temps d'un an depuis le contrat de vente, ils doivent avoir tout ce temps pour prendre leur parti, et ne peuvent pas être obligés à le prendre plus tôt.

§. II. De la préférence entre plusieurs lignagers en différents degrés, qui veulent exercer le retrait.

171. Lorsque plusieurs lignagers veulent exercer le retrait, quelques coutumes préfèrent le plus proche parent du vendeur à celui qui est plus éloigné, quoiqu'il ait donné la demande le premier.

172. Cette proximité en matière de retrait, de même qu'en matière de succession, se considère avec la personne du vendeur, et non avec celui qui a mis l'héritage dans la famille. C'est pourquoi il n'est pas douteux que dans ces coutumes le neveu du vendeur est préféré pour le retrait au grand-oncle du vendeur, quoique celui-ci soit plus proche

de celui qui a mis l'héritage dans la famille. C'est l'avis de Tiraqueau, qui ne souffre aucune difficulté, quoique quelques anciens docteurs par lui cités aient été, en matière de retrait, d'une opinion contraire.

173. Ces coutumes diffèrent entre elles sur cette préférence : il y en a qui l'accordent au plus proche parent, même après que le retrait a été entièrement exécuté au profit d'un lignager plus éloigné, pourvu que le parent plus prochain réclame cette préférence dans le temps accordé par la coutume pour exercer le retrait; *Troyes*, *art.* 145 ; *Normandie*, *art.* 475, *etc.* D'autres n'accordent cette préférence au plus prochain sur le plus éloigné, qu'à la charge de se présenter *avant l'exécution réelle et actuelle du retrait* fait par le parent plus éloigné, et remboursement de l'acquéreur; *Calais*, *art.* 150.

Les coutumes de Blois, de Tours, d'Anjou, disent que le plus prochain doit venir dans le temps accordé pour le remboursement. Quelques coutumes restreignent encore davantage cette préférence. La coutume de Châteauneuf, *art.* 77, ne l'accorde au plus prochain, qu'à la charge de le requérir en jugement dans la quinzaine après la première assignation en retrait donnée par le parent plus éloigné. Celle de Chartres, *art.* 68, veut que ce soit dans la huitaine.

174. Suivant la coutume de Paris, *art.* 141, celle d'Orléans, *art.* 378, et la plupart des coutumes, le parent, quoiqu'en degré plus éloigné, lorsqu'il a prévenu, est préféré au parent plus proche qui n'a formé sa demande qu'après.

La raison est que, suivant l'esprit de ces coutumes, le droit de retrait lignager est accordé à toute la famille en général. Avant que la demande ait été formée par quelqu'un de la famille, ce droit n'appartient déterminément à aucun de la famille *generaliter et indeterminatè;* chacun de ceux qui composent cette famille, celui qui est dans le degré le plus éloigné, de même que celui qui est dans le degré le plus proche, a droit de former la demande : en la

formant, il s'approprie, *quasi quodam jure occupationis*, ce droit de retrait, et en exclut tous les autres parents.

175. Observez néanmoins qu'il faut pour cela que la demande soit valable; une demande nulle ne peut avoir cet effet : *Quod nullum est, nullum producit effectum.* Il faut aussi que ce parent ne se soit pas laissé déchoir du retrait qui, sur cette demande, lui auroit été reconnu ou adjugé, faute par lui d'avoir satisfait à la coutume : car en ce cas la demande qu'il a donnée n'ayant pas eu son effet, est comme non avenue; le demandeur n'ayant pu s'approprier le droit de retrait par cette demande dont il s'est laissé déchoir, cette demande n'en a pu exclure les autres parents.

176. Suivant ces principes, lorsque deux parents en différents temps ont donné la demande en retrait, le sort de la seconde demande dépend de celui de la première. Si sur la première demande le retrait a été reconnu ou adjugé et exécuté, la seconde demande tombe : si au contraire le premier demandeur est débouté, ou déclaré déchu du retrait, le second demandeur pourra suivre sa demande.

177. De là il suit que le juge doit surseoir à faire droit sur la seconde demande, jusqu'à ce que le procès sur la première demande ait été terminé.

Néanmoins si le premier demandeur ne faisoit pas les poursuites nécessaires pour le faire terminer, le second, sur la demande de qui il a été sursis, peut faire prescrire un temps à ce premier demandeur, dans lequel il sera tenu de faire juger sa demande; et faute par lui de l'avoir fait dans ledit temps, le second retrayant peut faire déclarer collusoire la demande du premier, et être admis à suivre la sienne.

178. Le second demandeur, ayant intérêt que le premier soit débouté de sa demande, peut-il, en intervenant en l'instance sur la première demande, opposer à ce premier demandeur les défauts de forme qui peuvent l'en faire débouter? Non; car ce n'est qu'en faveur de l'acquéreur que les formalités du retrait ont été établies;

tout autre que lui par conséquent ne peut être admis à en opposer le défaut. Il en est de même des défauts de forme dans les exploits de demande : comme ces formes ne sont établies qu'en faveur de la partie assignée, le défaut ne peut en être opposé que par elle.

179. Il en seroit autrement si le second demandeur entendoit contester au premier sa qualité de lignager, et son habilité au retrait; il n'est pas douteux en ce cas qu'il ne dût être admis à intervenir dans l'instance pour la lui contester, et même à interjeter appel de la sentence qui auroit adjugé le retrait au premier demandeur à son préjudice.

180. Le principe que nous venons d'établir, que le lignager qui a prévenu en donnant le premier la demande, est préféré à tous les autres parents du vendeur, quoique plus prochains en degré, reçoit dans notre coutume d'Orléans, *art.* 338, une exception en faveur des enfants, frères ou sœurs du vendeur, pourvu que deux choses concourent; 1° qu'ils aient de leur chef une portion dans l'héritage que le vendeur a vendu pour la portion qu'il y avoit; 2° qu'ils se présentent avant que le retrait ait été adjugé au lignager qui les a prévenus.

181. Lorsque deux ou plusieurs parents lignagers du vendeur qui ont donné chacun la demande en retrait, se trouvent en concurrence de temps, il n'est pas douteux en ce cas que le plus proche en degré ne soit préféré au plus éloigné.

Notre coutume d'Orléans, en l'*art.* 378, et plusieurs autres, en ont des dispositions. Lemaître, sur Paris, cite un arrêt de 1563, qui l'a jugé dans la coutume de Paris, qui ne s'en est pas expliquée.

182. Suffit-il pour que les parents soient réputés en concurrence de temps, qu'ils aient donné chacun leur demande le même jour? Les coutumes varient sur cette question. La plupart réputent en concurrence de temps ceux qui ont donné leur demande le même jour, et ne veulent point qu'on ait égard à l'heure; Sens, *art.* 52, et plusieurs autres coutumes, s'en expliquent formellement.

Au contraire, notre coutume d'Orléans ne répute les lignagers en concurrence de temps, que lorsqu'il y a eu contre eux *concurrence de jour et* HEURE *en l'ajournement, et qu'il n'apparoît lequel a prévenu ;* art. 378.

La décision de la coutume d'Orléans renferme une conséquence exacte et rigoureuse du principe, que le lignager, par la demande en retrait qu'il donne, s'approprie, *quasi quodam jure occupationis*, le droit de retrait; car dès l'instant qu'il se l'est une fois approprié, les autres parents en sont exclus, et ne peuvent plus par conséquent l'exercer, quand même ce seroit le même jour.

Le principe sur lequel se sont fondées les autres coutumes qui ne veulent pas qu'on ait égard à la priorité d'heure, mais seulement à celle du jour, paroît être que la priorité d'heure peut souvent être incertaine : c'est pourquoi, pour retrancher toutes les contestations qui pourroient naître de cette incertitude, elles ont voulu qu'on n'eût aucun égard à la priorité d'heure, et que toutes les demandes du même jour fussent censées en concurrence de temps.

183. Dans la coutume d'Orléans, qui admet la priorité d'heure, les huissiers doivent exprimer l'heure dans les demandes en retrait; faute de cela, celui dont la demande exprime l'heure doit avoir la préférence sur celui qui ne l'a pas exprimée. Par exemple, si mon exploit de demande porte, *tel jour, à neuf heures du matin*, et que le vôtre porte seulement *tel jour*, sans exprimer en quel temps de la journée, ou porte seulement *tel jour*, *avant midi*, je dois vous être préféré; car je justifie que j'ai donné ma demande à neuf heures, au lieu que vous ne pouvez pas justifier avoir donné la vôtre plus tôt qu'à la dernière heure du jour ou d'avant midi.

184. Dans les coutumes telles que celle de Paris, qui se contentent de dire que celui *qui premier fait ajourner en retrait*, doit être préféré, sans expliquer si l'on doit avoir égard, ou non, à la priorité d'heure, doit-on y avoir égard? Le grand nombre des coutumes paroît faire un

assez fort argument pour la négative : Guérin et Lemaître, sur Paris, sont néanmoins d'avis qu'on y ait égard, et que le premier qui a fait assigner doive être préféré à ceux qui n'ont donné leur demande qu'après, quoique le même jour.

§. III. De la préférence et concurrence entre plusieurs parents au même degré.

185. Entre deux ou plusieurs lignagers au même degré qui ont donné chacun une demande en retrait, c'est ordinairement celui qui a prévenu qui est préféré.

Cela n'est pas douteux dans les coutumes qui accordent la préférence à celui qui a prévenu, même sur ceux qui sont dans un degré plus proche. La plupart de celles qui la lui refusent sur ceux qui sont dans un degré plus proche, la lui accordent sur ceux qui sont au même degré ; *Calais*, *art.* 150 ; *Troyes*, *art.* 145 ; *Blois*, *art.* 201, *etc.*

Il y a néanmoins quelques coutumes qui n'accordent aucune préférence à celui qui a prévenu, sur ceux qui sont en pareil degré, et qui les font concourir, pourvu qu'ils aient donné leur demande dans le temps de la coutume ; *Bordeaux*, *chap.* 2, *art.* 6 ; *Normandie*, *art.* 476.

186. Lorsque les parents au même degré qui ont donné la demande en retrait se trouvent en concurrence de temps, le droit le plus commun est, qu'ils sont admis concurremment au retrait : néanmoins quelques coutumes préfèrent en ce cas le mâle à la femelle, et l'aîné ou l'aînée aux puînés ; *Chartres*, *art.* 68 ; *Châteauneuf*, 77.

Quelques coutumes, dans ce cas de concurrence de proximité de degré et de temps, permettent à l'acquéreur de choisir entre les retrayants celui en faveur duquel il voudra reconnoître le retrait ; *Laon*, *art.* 230 ; *Ribemont*, *art.* 35.

187. Il nous reste une question ; c'est de savoir si en matière de retrait la représentation a lieu. Par exemple, un neveu du vendeur doit-il venir en concurrence avec le frère? La coutume d'Auvergne, *chap.* 23, *art.* 19, la re-

jette, quoiqu'elle l'admette en matière de succession. Au contraire plusieurs l'admettent, soit en termes formels, comme Anjou, le Maine, Poitou, Angoumois, Bordeaux; soit en termes équipollents, comme Saintonge, *tit.* 6, *art.* 52.

Quid, dans celles qui ne s'en sont pas expliquées? On peut dire en faveur du plus proche parent, contre le droit de représentation, que ce droit est fondé sur une fiction. Or c'est un principe, que les fictions ne s'étendent pas du cas pour lequel elles ont été établies à un autre cas : la fiction de la représentation que les coutumes ont établie dans le cas des successions, ne doit donc pas s'étendre au cas du retrait lignager, lorsque ces coutumes ne s'en sont pas expliquées. C'est sur ce principe que la nouvelle ordonnance des substitutions, *part.* 1, *art.* 21, rejette la représentation dans les substitutions faites à une famille.

D'un autre côté on dit, en faveur de la représentation, qu'on ne doit pas argumenter de ce que l'ordonnance a décidé contre la représentation pour le cas des substitutions. Les substitués étant appelés à succéder par la volonté du testateur, et non par la loi qui a réglé l'ordre des successions, la fiction de la représentation ne peut s'appliquer au cas d'une substitution, qui est tout-à-fait différent de celui des successions pour lequel elle a été établie. Il n'en est pas de même du cas du retrait lignager : ce cas est connexe à celui des successions. Les parents étant appelés au retrait des héritages de leur parent, par la même loi qui a réglé l'ordre des successions, la présomption est qu'elle les y appelle dans le même ordre : cela sur-tout doit avoir lieu dans les coutumes qui préfèrent les plus proches. Il paroît que l'esprit de ces coutumes est de conserver par le retrait les héritages propres à ceux qui devoient y succéder, et de n'admettre les autres qu'à défaut de ceux-ci. On doit donc, sur-tout dans ces coutumes, admettre pour le retrait la représentation qui a lieu dans l'ordre des successions. Il y a lieu de penser qu'elle doit même être admise dans la coutume de Paris et autres semblables, qui n'ac-

cordent aux plus proches la préférence sur les plus éloignés, que dans le cas de la concurrence de leurs demandes.

188. Dans les coutumes qui admettent la représentation dans le retrait lignager, un d'entre plusieurs neveux nés d'un frère prédécédé du vendeur, qui se présente au retrait avec un autre frère du vendeur, doit avoir la moitié dans l'héritage retiré. Ses frères et sœurs qui ne veulent pas exercer le retrait avec lui ne doivent pas être comptés : les parts qu'ils auroient pu y prétendre doivent lui accroître; et il doit exercer le retrait comme s'il étoit seul de cette souche; *Arrêt du 7 septembre* 1716, *cité par Vigier sur Angoumois.*

ARTICLE III.

Sur qui le retrait peut-il ou ne peut-il pas être exercé?

189. Le retrait lignager peut être exercé sur l'acquéreur étranger, ou sur ses héritiers ou autres successeurs médiats ou immmédiats, universels ou particuliers.

Lorsque cet acquéreur étranger, avant que la demande en retrait ait été donnée contre lui, a aliéné l'héritage sujet au retrait, il est au choix du lignager de donner la demande en retrait contre cet acheteur, ou contre le tiers. Quelques coutumes en ont des dispositions, comme Reims, *art.* 205. Ces dispositions sont fondées sur la nature même de l'action du retrait lignager. Cette action est une action *personnelle réelle*, qui naît de l'obligation *ex quasi contractu*, que l'acheteur étranger contracte, en acquérant, envers les lignagers, de céder son marché à celui d'entre eux qui le voudra prendre, et de lui délaisser l'héritage; c'est à l'accomplissement de cette obligation personnelle que la loi affecte l'héritage. Cette action, comme *personnelle*, peut donc être intentée contre l'acheteur étranger, qui est le véritable débiteur, et qui n'a pas pu par son fait, en aliénant l'héritage, se décharger de l'obligation qu'il a contractée de le délaisser au lignager qui voudra exercer le retrait. Cette action peut aussi, comme *réelle*, être in-

tentée directement contre le tiers détenteur de l'héritage, cet héritage étant affecté par la loi à l'accomplissement de l'obligation.

190. Quoique, selon la subtilité du droit, la demande en retrait lignager continue de pouvoir être valablement donnée contre l'acheteur étranger depuis qu'il a aliéné l'héritage, néanmoins lorsque cet acheteur étranger, assigné sur cette demande, déclare et affirme qu'il a aliéné l'héritage au profit d'une telle personne, dont il indique le nom et la demeure, il est équitable de renvoyer le demandeur à se pourvoir contre le tiers détenteur; car il est naturel que le demandeur s'adresse à celui par-devers qui l'héritage est sujet au retrait, et par qui il peut se le faire délaisser, plutôt qu'à l'acheteur étranger, qui, ne pouvant pas lui délaisser cet héritage qu'il n'a plus, ne pourroit plus être sujet qu'à des dommages et intérêts. Le lignager auroit mauvaise grace de demander ces dommages et intérêts, faute d'avoir la chose, lorsqu'il est en son pouvoir de l'avoir, en s'adressant à celui par-devers qui elle est: d'ailleurs, comment régler ces dommages et intérêts qui consistent dans un intérêt d'affection qui n'est pas appréciable?

Notre coutume d'Orléans, *article* 369, autorise ce renvoi à se pourvoir contre le détenteur de l'héritage, et proroge à cet effet de quarante jours le temps du retrait, à compter du jour que le nom et la demeure de ce détenteur ont été indiqués au retrayant, dans le cas auquel le temps du retrait, lors de cette indication, seroit expiré, ou qu'il en resteroit un moindre temps.

191. Lorsque l'acheteur étranger, avant aucune demande, a transmis l'héritage à un successeur, soit universel, soit particulier, qui est de la famille, le retrait ne peut s'exercer sur lui dans nos coutumes de Paris, d'Orléans, et autres semblables; car dans ces coutumes, le droit de retrait lignager s'éteint lorsque l'héritage, avant aucune demande donnée, est rentré dans la famille.

Mais si la demande avoit été donnée contre l'acheteur

étranger, elle pourroit être reprise contre son héritier, quoique lignager; car le retrait ne s'éteint par le retour à la famille que lorsque ce retour arrive avant qu'il ait été donné aucune demande : mais par la demande que le lignager a donnée, il s'est approprié le droit de retrait, dont il ne peut être dépouillé. Par la demande, lorsqu'elle est bien fondée, l'ajourné contracte l'obligation d'y satisfaire, qu'on appelle *obligatio judicati;* et cette obligation passe à son héritier, quel qu'il soit.

192. Le retrait lignager peut être exercé même sur le seigneur de qui l'héritage relève, et qui l'a retiré par le droit de retrait féodal, et à plus forte raison lorsqu'il en est directement l'acheteur. Notre coutume d'Orléans, *art.* 365, et plusieurs autres, en ont des dispositions.

Il n'en est pas de même du retrait conventionnel : celui qui s'est retenu ce droit sur un héritage, étant fondé dans une clause expresse d'aliénation, par laquelle il se réserve le droit de retrait toutes les fois que cet héritage sera vendu, sans aucune distinction des personnes auxquelles il sera vendu, il doit être préféré aux lignagers. Loysel, l. 3, *tit.* 5, *art.* 4, en a fait une maxime : *Retrait lignager*, dit-il, *est préféré au seigneurial, et le conventionnel à tous autres.*

193. Mon père, par son testament, a défendu qu'un certain héritage de sa succession fût aliéné hors de sa famille; et au cas où il seroit aliéné hors de sa famille, il a déclaré qu'il le léguoit à Pierre : j'ai, contre ces défenses, vendu cet héritage à Jacques, qui est étranger; mon lignager, qui exerce le retrait sur Jacques, doit-il être préféré à Pierre, qui est aussi un étranger, ou est-ce Pierre qui doit lui être préféré? Tiraqueau, *quæst.* 29, *ad fin. tit.*, décide que c'est Pierre qui doit être préféré; car les donations, soit entre vifs, soit testamentaires, n'étant pas sujettes au retrait, et étant permis à chacun de mettre ses héritages propres hors de sa famille à ces tiers, la disposition testamentaire portée au profit de Pierre par le testament de mon père est valable, et Pierre a droit de réclamer cet héritage qui lui a

été légué, la condition sous laquelle il lui a été légué se trouvant accomplie : le droit de retrait auquel la vente que j'ai faite à Jacques a donné ouverture, ne donne à mes lignagers le droit que contre l'acquéreur, et non contre Pierre, qui, pour revendiquer cet héritage, a un titre qui n'est pas sujet à leur droit de retrait. Tiraqueau rapporte, comme une objection de ceux qui sont de l'opinion contraire, que nul ne peut valablement ordonner que la vente que lui ou ses héritiers feront d'un héritage, ne donnera pas ouverture au retrait.

La réponse est, que mon père n'a pas ordonné cela par la disposition ci-dessus rapportée : il n'a voulu faire autre chose que léguer son héritage à Pierre, et il a mis pour condition à ce legs la vente qui seroit faite de cet héritage : il n'a fait que ce qu'il étoit en droit de faire, puisqu'il pouvoit le lui léguer purement et simplement. Si les lignagers ne peuvent pas profiter en ce cas du droit de retrait, ce n'est donc pas que la vente faite à Jacques par elle-même n'y donne ouverture; car ils l'exerceroient utilement, si Pierre répudioit son legs, ou si par son prédécès, ou une incapacité survenue, il ne pouvoit le recueillir.

Il me semble qu'on pourroit faire une objection plus considérable contre la décision de Tiraqueau, qui seroit de dire que la condition de la substitution faite au profit de Pierre, étant la vente de l'héritage faite hors de la famille, cette condition ne doit être censée accomplie que dans le cas auquel la vente subsisteroit dans la personne de l'acquéreur étranger; mais qu'étant transférée par le retrait à une personne de la famille, cette vente n'est pas une vente faite hors de la famille, qui ne peut par conséquent faire exister la condition sous laquelle le legs a été fait à Pierre; que cette interprétation paroît conforme à l'esprit du testateur, qui a préféré sa famille au légataire, et ce légataire aux seuls étrangers. La réponse est qu'on ne doit pas sans nécessité s'écarter des termes du testament. Or, suivant ces termes, il suffit qu'il y ait eu une vente faite hors de la fa-

mille, pour que ce contrat ait fait aussitôt exister la condition, et fait acquérir le droit à Pierre, lequel, lui étant une fois acquis, ne peut lui être ôté par le retrait qui interviendroit dans la suite.

194. On a fait la question, si le retrait lignager pouvoit être exercé sur le roi. Jean Lecoq, cité par Tiraqueau, rapporte un ancien arrêt qui a jugé pour la négative; Loysel en a fait une maxime; l. 3, *tit.* 5, *art.* 11; Grimaudet, 111, 5, est du même avis. La raison est que le roi, en confirmant par son autorité les coutumes des différentes provinces de son royaume qui ont établi le droit de retrait, leur a donné force de loi vis-à-vis de ces peuples; mais il ne doit pas être censé s'y être assujetti lui-même: *Princeps est solutus legibus;* l. 31, ff. *de legib.* Il est vrai que par la Charte-Normande, le roi accorde le retrait lignager sur lui; mais on pourroit dire que c'est un privilége particulier à la province de Normandie.

Néanmoins il y a des auteurs qui pensent que le retrait peut être exercé sur le roi, lorsque l'acquisition qu'il a faite n'est pas pour cause d'utilité publique; parceque encore que le prince ne soit pas proprement sujet à ses lois, néanmoins il veut bien s'y assujettir, suivant ces belles paroles de Théodose, en la loi 4, *Cod. d. tit. Digna vox est majestate regnantis legibus alligatum se principem profiteri, adeò de auctoritate juris nostra pendet auctoritas; et reverà majus imperio est legibus submittere principatum.*

195. Dans les coutumes qui donnent la préférence au lignager, quoique plus éloigné, mais qui a prévenu, et même dans celles qui ne la lui accordent qu'après que le retrait a été exécuté à son profit, on doit décider à plus forte raison que lorsqu'un nager a acheté directement, les autres lignagers, quoique plus prochains en degré que lui, ne peuvent exercer le retrait sur lui. Il en est de même si l'héritage ayant été vendu à un étranger, cet héritage, avant aucune demande en retrait, a passé, à quelque titre que ce soit, à un lignager; de là cette maxime de Loysel, *art.* 9: *Lignager sur lignager n'a point de retenue.*

196. Lorsqu'un héritage est vendu à un étranger pendant sa communauté de biens avec une femme lignagère, le retrait ne peut être exercé sur l'acheteur, quoique étranger, tant que la communauté dure. La raison est, que l'union du mariage, jointe à la communauté de biens qui est entre le mari et la femme, les fait regarder comme n'étant, par rapport aux biens de la communauté, qu'une seule personne; ce que les coutumes expriment par ces termes dont elles se servent, sont UNS *et communs*, *etc.;* d'où il suit que le mari, quoiqu'il soit de son chef étranger de la famille, est, du chef de sa femme lignagère, réputé en quelque façon de la famille du vendeur, tant que dure cette communauté. L'héritage étant donc censé n'être pas encore sorti de la famille, il n'y a pas lieu au retrait tant que la communauté dure; mais après la dissolution de la communauté, il y aura lieu au retrait de la portion du mari étranger, ou de ses héritiers étrangers; c'est celui qu'on appelle *retrait de mi-denier*, dont nous devons traiter *infrà*, au chapitre 13.

197. Quoique l'acheteur soit étranger, s'il a des enfants lignagers, retrait n'a lieu; *Paris*, *art.* 156; *Orléans*, *art.* 403. Loysel en a fait une maxime, l. 3, *tit.* 5, *art.* 29. La raison est, que suivant la loi 11, ff. *de lib. et posthum.*, les biens des pères étant censés en quelque façon les biens des enfants, qui, selon l'ordre et le vœu de la nature, y doivent un jour succéder à leur père, l'héritage en ce cas n'est pas censé être mis hors de la famille, devant y être conservé par les enfants lignagers qui y succéderont.

Cette raison milite à l'égard des enfants, en quelque degré qu'ils soient. C'est pourquoi on ne doit pas douter que dans ces dispositions de coutumes, le terme d'*enfants* comprend les petits-enfants.

198. Comme c'est cette espérance qui empêche que la vente faite à cet étranger ne donne ouverture au retrait, aussitôt que cette espérance cesse, *quasi remoto impedimento*, la vente faite à cet étranger commence à y donner ouverture. Notre coutume d'Orléans, *art.* 403, en rapporte

un exemple; car après avoir dit : *Quand celui qui n'est en ligne a des enfants qui sont en ladite ligne, retrait n'a lieu*, elle ajoute, *mais s'il revend l'héritage, il sera sujet à retrait;* ce qui doit s'entendre sur la vente qui lui en a été faite. La raison est, que l'espérance que les enfants lignagers succéderoient dans cet héritage à leur père, venant à cesser par l'aliénation que l'acheteur en a faite, la vente faite à cet acheteur étranger doit commencer à donner ouverture au retrait lignager qui n'avoit été arrêté et empêché que par cette espérance.

Ce cas de revente faite par l'acheteur n'est rapporté en l'article ci-dessus cité que comme un exemple de notre régle : c'est pourquoi dans tous les autres cas auxquels l'espérance de la conservation de l'héritage dans la famille cessera, on doit pareillement décider que la vente commencera à donner ouverture au retrait.

De là il suit que la vente faite à un étranger qui a des enfants lignagers doit donner ouverture au retrait, non seulement lorsqu'il le revend à un étranger, mais lorsqu'il l'aliène à quelque autre titre que ce soit, comme de donation ou de legs.

Pareillement elle y doit donner ouverture lorsque tous les enfants lignagers de cet acheteur étranger viennent à le prédécéder, ou lorsque lui ayant survécu, ils ont renoncé à sa succession; et le temps du retrait doit en ce cas commencer du jour du prédécès du dernier, ou de sa renonciation, sans qu'il soit besoin de formalités particulières pour les rendre publics. *Loysel*, *ibid.* 31.

Elle y doit pareillement donner ouverture lorsque cet acheteur ayant des enfants de différents mariages, l'héritage tombe par le partage au lot de ceux qui ne sont pas lignagers.

199. Cette disposition des coutumes qui empêche le retrait lorsque l'acheteur étranger a des enfants lignagers qui ont espérance d'y succéder un jour, étant établie en faveur des enfants, on a jugé qu'elle ne devoit empêcher le retrait qu'à l'égard des autres lignagers, et que ces en-

fants y doivent être admis, s'ils jugeoient à propos de l'exercer sur leur père, suivant cette régle : *Quod in favorem alicujus introductum est, non debet in eum retorqueri.* C'est ce qui a été jugé par un arrêt rapporté par Bardet, *liv.* 8, *chap.* 42.

200. Lorsque l'acheteur est lignager du vendeur par rapport à une partie des choses comprises au contrat, et étranger par rapport à d'autres, comme lorsque mon parent paternel m'a vendu par un même contrat et pour un même prix des héritages de ma ligne et des propres maternels ; en ce cas, suivant le droit commun, il doit y avoir lieu au retrait sur cet acheteur pour les héritages desquels il est étranger, sans qu'on puisse retirer sur lui, malgré lui, ceux qui sont de sa ligne ; et il n'importe qu'ils fassent la plus grande ou la plus petite partie de l'acquisition; mais il peut, pour son indemnité, obliger le retrayant à retirer le tout, lorsqu'il est vraisemblable qu'il n'eût pas acheté l'un sans l'autre.

Notre coutume d'Orléans, *art.* 396, a suivi en ce cas un principe particulier : elle exclut en ce cas le retrait, lorsque la portion pour laquelle l'acquéreur est étranger est moindre que celle qui est de sa ligne. Au contraire, lorsque la portion pour laquelle il est étranger est la plus forte, elle admet le lignager à retraire le total, même ce qui n'est pas de sa ligne, la plus forte partie attirant en ce cas la plus foible. Lorsque les parties sont égales, il y a lieu au retrait, mais seulement de la partie pour laquelle l'acheteur est étranger, à moins qu'il ne voulût, pour son indemnité, délaisser le total. *Voyez nos notes sur la coutume d'Orléans, art.* 396.

CHAPITRE VI.

Comment le retrait peut-il s'exercer ; et s'il peut s'exercer pour partie de ce qui est contenu au contrat.

On peut, sur cette question, supposer trois différents cas;

le premier, lorsque tous les héritages compris au contrat sont de la ligne du retrayant; le second, lorsqu'un héritage de la ligne du retrayant a été vendu par un même contrat et pour un même prix, avec d'autres qui sont d'une autre ligne ou qui sont acquêts; le troisième, lorsque l'héritage de la ligne du retrayant a été vendu par un même contrat et pour un même prix, avec un autre héritage dont le retrayant est propriétaire.

PREMIER CAS.

201. Lorsque tous les héritages compris en un contrat de vente sont de la ligne du retrayant, tous conviennent que le retrayant n'est point admis à exercer le retrait pour partie contre l'acquéreur du total; qu'il doit les retirer tous, et prendre le marché en entier.

Cette décision a lieu, même dans le cas auquel le temps du retrait seroit passé pour quelques uns des héritages compris au marché, et dureroit encore à l'égard des autres. Supposons, par exemple, que les héritages sont situés en différentes juridictions. L'année depuis l'insinuation faite dans la juridiction où est situé l'un des héritages est passée, et l'on a omis de la faire dans la juridiction où l'autre héritage est situé; le retrayant ne sera pas admis au retrait de cet héritage seul, si l'acquéreur ne veut pas lui délaisser l'un sans l'autre. Le lignager ne peut pas, pour se dispenser de retirer l'héritage à l'égard duquel l'acquéreur a satisfait à l'insinuation, alléguer que le temps de le retirer est passé; car ce n'est pas en faveur du lignager, mais en faveur de l'acquéreur, que la coutume a prescrit ce temps.

Ce lignager qui peut être obligé en ce cas de retirer le tout, peut-il de même en ce cas obliger l'acquéreur à souffrir le retrait du tout? Quelques coutumes ont décidé pour l'affirmative. Notre coutume d'Orléans, *art.* 395, en a une disposition; mais dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, il me paroît qu'on doit décider que l'acquéreur peut, si bon lui semble, ne délaisser que l'héritage à

l'égard duquel le temps du retrait dure encore, et retenir celui à l'égard duquel le temps du retrait est passé. En vain dit-on que le retrait d'un marché est individu; car c'est en faveur de l'acheteur qu'il est individu, afin qu'il soit indemnisé : or on ne peut rétorquer contre lui ce qui a été établi en sa faveur.

202. Tiraqueau, *ad fin. tit. Q.* 12, a donné dans une extrémité opposée; car du principe que le retrait d'héritage compris dans un marché est individu, il en a tiré cette conséquence, que le lignager qui a laissé passer le temps du retrait pour une partie des héritages compris au marché, ne peut plus rien retirer du tout : car, dit-il, n'ayant droit de retirer que le tout, ne lui étant pas permis de retirer pour partie, il suffit qu'il y ait quelque chose qu'il ne puisse pas retirer, pour qu'il ne puisse retirer rien du tout. Il apporte pour exemple une vente qui auroit été faite pour un seul et même prix, d'héritages dont partie seroit située en Bretagne, l'autre en Poitou; il prétend qu'aussitôt que l'acheteur est exclus du retrait pour les héritages qui sont situés en Bretagne, par le laps du mois que cette coutume prescrit pour le temps du retrait, il est exclus aussi de ceux situés en Poitou, quoiqu'il soit encore dans l'année que la coutume accorde pour le retrait. Cette décision de Tiraqueau ne me paroît pas juste, et son raisonnement est un pur sophisme. L'indivisibilité du droit de retrait n'est pas une indivisibilité *d'obligation;* le droit des lignagers n'est pas une créance indivisible *obligatione.* L'indivisibilité de ce droit ne concerne que son exécution, ce n'est qu'une indivisibilité *solutione.* C'est ce qui résulte des principes sur les obligations divisibles et indivisibles que nous avons établis en notre Traité des obligations, *part.* 2, *chap.* 4, *sect.* 2; car, suivant ces principes, un droit de créance n'est indivisible que lorsqu'il a pour objet quelque chose d'indivisible, c'est-à-dire quelque chose qui ne soit pas susceptible de parties, ni réelles, ni intellectuelles. Or le marché qui fait l'objet du droit de retrait, et auquel les lignagers ont droit de demander à

être subrogés, n'est pas une chose indivisible, puisque ce marché a pour objet des choses très divisibles, et que ce droit de retrait se divise en effet lorsqu'il y a plusieurs acquéreurs, ou que l'acquéreur a laissé plusieurs héritiers; *suprà*, *n*. 25.

Le droit de retrait est donc un droit divisible *obligatione*, et par conséquent rien n'empêche qu'il ne puisse s'éteindre pour partie des héritages contenus au marché, et subsister pour l'autre partie; l'indivisibilité de ce droit ne concerne que son exécution, en ce que l'acquéreur sur qui le retrait est exercé peut obliger le lignager à prendre le marché en entier, et à retirer tout ou rien. La raison de ceci est que le retrait ne peut s'exercer qu'à la charge d'indemniser l'acquéreur sur qui il s'exerce; et que cet acquéreur ne seroit pas parfaitement indemnisé si on ne lui retiroit qu'une partie des choses comprises au marché, et qu'on lui laissât les autres qu'il n'eût pas voulu acheter sans celles qu'on lui retire. Mais de cette indivisibilité du droit de retrait dans son exécution, il ne s'ensuit autre chose, sinon que l'acquéreur peut, pour son indemnité, obliger le retrayant à retirer tout ou rien; et il ne s'ensuit nullement que l'extinction du droit de retrait pour une partie des choses comprises au marché doive entraîner l'extinction de ce droit pour le surplus.

203. Le principe que le retrait d'héritages d'une même ligne compris dans un même marché ne s'exerce que pour le total, souffre exception dans la coutume de Bretagne.

Elle permet, *art*. 308, au lignager qu'elle appelle *presme*, de retirer une partie de ce qui est compris dans un contrat de vente, lorsqu'il affirme n'avoir pas le moyen de retirer le tout, et que ce qui est compris au contrat peut commodément se partager.

204. Par-tout ailleurs il ne peut y avoir de difficulté que sur la question de fait, si les héritages ont été vendus par un seul et même contrat de vente, ou par différents contrats de vente.

Étant de l'essence du contrat de vente qu'il y ait une chose qui soit vendue, et un prix pour lequel elle soit vendue, lorsque tous les héritages ont été vendus pour un seul et même prix, il n'y a qu'un seul contrat de vente, et par conséquent le retrayant ne peut être admis au retrait, s'il ne les retire tous : au contraire, si chaque héritage a été vendu, quoique par même charte, pour un prix séparé; si la charte porte autant de prix que d'héritages, il y a autant de contrats de vente qu'il y a d'héritages, et le lignager peut retirer l'un de ces héritages sans retirer les autres; *Arg.* l. 34, §. 1, ff. *de Ædil. ed.*

205. Lorsqu'on a assigné d'abord à chaque héritage un prix séparé, quoiqu'à la fin de l'acte tous ces prix aient été assemblés en une somme, il ne laisse pas d'y avoir autant de contrats de vente que d'héritages, et en conséquence le retrayant doit être admis à retirer l'un d'eux sans les autres; comme lorsqu'il est dit par le contrat, qu'on a vendu une telle métairie pour la somme de 10,000 liv., une telle maison pour la somme de 6,000 liv., et un tel pré pour la somme de 2,000 liv.; toutes lesquelles sommes font celle de 18,000 liv. que l'acheteur s'oblige à payer, etc.

Vice versâ, lorsqu'on a assigné d'abord un seul prix pour tous les héritages compris au marché, qui a été réparti ensuite par le même acte en différentes sommes pour le prix de chaque héritage; comme lorsqu'il est dit qu'on vend tels héritages pour le prix de 20,000 liv.; savoir, un pour 12, et l'autre pour 8,000 liv.; Tiraqueau, *ibid.*, *n.* 21, pense qu'il y a pareillement dans ce cas autant de ventes que d'héritages, et que les lignagers doivent être admis à retirer l'un sans l'autre. Ce cas-ci néanmoins pourroit souffrir un peu plus de difficulté que le précédent; car tous les héritages ayant été vendus d'abord pour un seul et unique prix, on pourroit dire que l'intention des parties a été de ne faire qu'une vente de tous les héritages, et que la répartition du prix qui a été faite ensuite sur chaque héritage n'est qu'une simple ventilation.

Néanmoins je pense qu'on doit s'en tenir à la décision de Tiraqueau, et que la distribution du prix est une preuve de la volonté qu'ont eue les parties de faire plusieurs ventes; à moins qu'il ne soit porté par l'acte, que cette distribution s'est faite pour une autre cause.

206. Quelquefois, quoique plusieurs héritages aient été vendus pour des prix séparés par même charte, l'acte est présumé ne renfermer qu'un seul et unique contrat de vente de tous ces héritages, et en conséquence le retrait n'est pas admis de l'un sans les autres. On doit le présumer ainsi lorsque ces héritages sont de nature à ne pouvoir pas être séparés les uns des autres, sans qu'ils en soient considérablement dépréciés, et tels que vraisemblablement l'acheteur n'eût pas acheté les uns sans les autres. On présume en ce cas que les parties, en assignant à chaque héritage des prix différents, n'ont pas eu pour cela intention de faire différentes ventes, mais seulement de faire une ventilation du prix pour lequel tous ces héritages étoient vendus par un seul et même contrat de vente; *facit* l. 34, §. 1, ff. *de Ædil. edict.*

207. Tiraqueau et Grimaudet rapportent un autre cas auquel, quoique des héritages aient été aliénés pour des prix séparés, il n'y a pas pour cela plusieurs ventes, et le retrait ne peut en conséquence être admis de l'un de ces héritages sans les autres; c'est le cas auquel un débiteur d'une dette unique et indivise d'une certaine somme d'argent donne à son créancier, en paiement de cette somme, plusieurs héritages, chacun pour différents prix, qui tous ensemble montent à la somme due. Quoique, par cet acte, chacun des héritages soit donné en paiement pour un prix différent, néanmoins cet acte n'est pas censé renfermer plusieurs actes, mais un seul acte de dation en paiement, par lequel tous les héritages qui y sont compris sont donnés en paiement de la dette : cet acte ne donne par conséquent ouverture qu'à un seul retrait de tous les héritages qui y sont compris. La raison est, que le paiement d'une dette indivise ne devant se faire que pour le total,

et le créancier n'étant pas obligé de recevoir des paiements partiels, il est vraisemblable que le créancier, en recevant ces héritages, quoique pour différents prix, en paiement de sa dette, n'a entendu recevoir qu'un seul et même paiement de toute sa dette; la somme unique qui étoit due au créancier a été un prix unique pour lequel tous ces héritages ont été donnés en paiement de la dette; les différents prix assignés à chaque héritage n'en sont que la répartition.

208. Lorsqu'un acte renferme plusieurs contrats de vente de différents héritages, faits pour des prix séparés, le lignager peut retirer l'un de ces héritages sans retirer les autres. Néanmoins s'il a donné une demande générale et indéfinie en retrait des héritages compris dans cet acte, la coutume de Tours, *art.* 180, ne lui permet pas de la restreindre, et veut qu'en ce cas il soit tenu de retirer tout ou rien.

Je pense que cette disposition n'est pas fondée en bonnes raisons, et qu'elle ne doit pas être suivie hors de son territoire : l'exploit de demande renferme autant d'actions en retrait qu'il y a de contrats de vente qui y ont donné ouverture, lesquelles actions en retrait, pour être contenues *uno eodemque libello*, n'en sont pas moins des actions distinctes et séparées : c'est pourquoi rien n'empêche que le retrayant ne puisse suivre l'une de ces actions et abandonner les autres.

SECOND CAS.

209. Lorsqu'un héritage d'une certaine ligne a été, par un même contrat et pour un même prix, vendu avec d'autres héritages d'autres lignes, ou même avec des acquêts et autres choses qui ne sont pas susceptibles de retrait lignager; alors le lignager, suivant presque toutes les coutumes, n'a le droit d'exercer le retrait que de l'héritage de sa ligne, comme nous l'avons vu *suprà*, *ch.* 3, *art.* 3. Il n'en faut excepter que quelques coutumes particulières, telles que notre coutume d'Orléans, *art.* 395, qui donnent au

lignager le droit de retirer avec l'héritage de sa ligne tout ce qui est compris au marché. Mais quoique le lignager n'ait le droit de retirer que l'héritage de sa ligne, l'acquéreur peut-il, pour son indemnité, l'obliger à retirer tout ou rien? Les coutumes ont varié sur cette question. Suivant le droit le plus commun, l'acquéreur sur qui le retrait est exercé, et qui n'eût pas voulu acheter les autres choses comprises au marché sans celles dont on exerce le retrait, peut, pour son indemnité, obliger le retrayant à retirer le tout ou rien; Melun, 150; Mantes, 81; Péronne, 246; Touraine, 178, etc. Loysel, *Traité des retraits*, en a fait deux maximes. *Retrait ne se reconnoît à quartier*, Max. 35. *Et pour ce, quand plusieurs héritages sont vendus par un même contrat et pour un même prix, desquels les uns sont sujets à retrait, les autres non, il est au choix de l'acquéreur de délaisser le tout, ou ceux de sa ligne seulement*; Max. 36, *ibid.*

En cela le retrait lignager diffère du seigneurial; car dans celui-ci *le seigneur n'est contraignable reprendre ce qui n'est de son fief;* Loysel, *ibid.;* Maxime, 37. La coutume de Tours, *art.* 178, observe expressément cette différence.

La raison de cette différence est, que le retrait féodal appartenant au seigneur en vertu d'un droit retenu, du moins implicitement, par l'inféodation, il ne doit pas être au pouvoir du vassal d'y donner atteinte, et d'en rendre l'exercice plus difficile, en vendant d'autres choses par le même marché avec son fief; au lieu que le retrait lignager n'étant accordé que par une pure grace de la loi, cette grace ne doit pas donner atteinte à la liberté naturelle que chacun doit avoir de disposer de ses biens de la manière que bon lui semble, ni par conséquent empêcher que je ne puisse, pour ma commodité, vendre par un même contrat et pour un même prix mon héritage sujet au retrait, avec d'autres choses; et l'acquéreur qui ne les auroit pas achetées sans l'héritage qu'on lui retire, doit,

pour son indemnité, pouvoir contraindre le retrayant à prendre tout ou rien.

210. Tel est le droit commun. Néanmoins il y a quelques coutumes qui, plus favorables au retrait lignager, et pour n'en point gêner l'exercice, s'en sont écartées. Telle est la coutume de Meaux, laquelle, après avoir dit en l'*art.* 104, que l'acheteur *n'est tenu de recevoir le retrayant pour partie des héritages vendus ensemblement*, ajoute en l'article suivant, *si ce n'étoit que l'acheteur n'eût acheté des héritages* (d'une ligne) *dont le retrayant ne fût venu; car en ce cas l'acheteur ne seroit contraint les délaisser, ni le retrayant les prendre, s'il ne lui plaisoit.*

La coutume de Laon, *art.* 239, dit que le retrayant ne doit être contraint à prendre ce qui n'est pas de sa ligne; mais elle apporte ce tempérament, *sinon que l'acheteur eût grand et notable intérêt et incommodité de laisser l'une des choses sans l'autre.*

211. De cette variété de coutumes naît une question. Mon parent a vendu par un même marché et pour un même prix un héritage de ma ligne, situé sous la coutume de Melun, avec un acquêt situé sous celle de Meaux : puis-je, en exerçant le retrait de l'héritage de ma ligne situé sous la coutume de Melun, qui permet à l'acquéreur d'obliger le retrayant à retirer tout ou rien, être contraint par l'acquéreur à retirer aussi l'héritage situé sous la coutume de Meaux, qui n'impose pas une pareille obligation au retrayant? Pour la négative, on dira que les dispositions des coutumes ne sont faites qu'à l'égard des héritages situés dans leur territoire; par conséquent la disposition de la coutume de Melun, qui oblige le retrayant, lorsque l'acquéreur le requiert, à retraire avec l'héritage dont elle lui accorde le retrait, tous ceux qui ont été vendus par un même marché, ne peut concerner que les héritages vendus par un même marché, qui sont situés dans son territoire; et elle ne peut obliger le retrayant à les prendre, s'ils sont hors de son territoire. Pour l'opinion

contraire, on dit que la raison ultérieure pour laquelle les coutumes ne disposent qu'à l'égard des héritages qui sont situés dans leur territoire, est parcequ'elles ne peuvent exercer d'empire hors de leur territoire. Mais la coutume de Melun, en ordonnant que le retrayant sera tenu de prendre avec l'héritage dont elle lui accorde le retrait, ceux qui ont été vendus par un même marché, n'exerce son empire que sur l'héritage dont elle accorde le retrait; elle n'en exerce aucun sur ceux qui ont été vendus par un même marché; elle ne donne aucun droit sur ces héritages; elle ne les rend pas sujets au retrait, puisque l'acheteur est maître de les garder, s'il le juge à propos. La coutume de Melun ne fait autre chose par cette disposition, que d'apposer des conditions au droit de retrait qu'elle accorde: or on ne peut disconvenir qu'ayant été au pouvoir de la loi de Melun d'accorder ou de ne pas accorder le retrait des héritages situés dans son territoire, il a dû pareillement être en son pouvoir d'y apporter telles conditions qu'elle a jugé à propos, et par conséquent celle de prendre les héritages vendus par le même marché, quelque part qu'ils soient situés. J'incline à cette seconde opinion.

212. *Vice versâ*, si l'héritage de ma ligne est situé sous la coutume de Meaux, je pourrai le retirer sans retirer en même temps ce qui est situé sous la coutume de Melun; car c'est à la coutume où l'héritage de ma ligne est situé, et qui en accorde le retrait, à régler les conditions sous lesquelles elle l'accorde.

TROISIÈME CAS.

213. Lorsque mon parent a vendu pour un seul et même prix son héritage avec un autre héritage qui m'appartient, on demande si, en revendiquant mon héritage qui a été vendu avec celui de mon parent, je pourrois exercer le retrait de celui de mon parent, en rendant seulement partie du prix et des loyaux coûts du marché à proportion. La raison de douter est, que personne ne peut être obligé à

l'impossible. Il est impossible *per rerum naturam* d'être acheteur de sa propre chose ; l. 16, ff. *de cont. empt.* ; et c'est se rendre acheteur que d'exercer le retrait. Je ne puis donc pas, en exerçant le retrait de l'héritage de mon parent, qu'il a vendu par un même marché avec le mien, être obligé d'exercer le retrait du mien ; et dès que je n'exerce le retrait que pour partie de ce qui est contenu au marché, je ne puis être obligé au remboursement du prix et des loyaux coûts du marché que pour cette partie, sauf à l'acheteur d'avoir son recours de garantie contre le vendeur pour l'héritage qui m'appartient, et qu'il lui a vendu. Nonobstant ces raisons, on doit décider avec Tiraqueau, §. 23, *gl.* 1, *n.* 22, et Grimaudet, 1, 10, que si l'acheteur a acheté de bonne foi l'un et l'autre héritage par un même marché, je ne puis être admis au retrait de l'héritage de mon parent qu'en indemnisant l'acquéreur de tout le prix et de tous les loyaux coûts du marché, sauf mon recours contre le vendeur qui a vendu mal-à-propos un héritage qui m'appartenoit, et en a touché le prix. La raison de cette décision est que lorsque j'exerce le retrait de l'héritage de mon parent, quoique je ne puisse pas proprement être censé exercer aussi le retrait de celui qui m'appartient, qui lui a été vendu par le même marché, et que l'acheteur soit obligé de me le délaisser sur la revendication que j'en forme, il suffit qu'il ne reste rien à cet acheteur de ce qui étoit contenu au marché pour lequel j'exerce le retrait, pour que je doive lui rembourser tout le prix et tous les loyaux coûts de ce marché : car je dois le rendre parfaitement indemne ; et ce ne seroit pas le rendre indemne, que de le renvoyer à exercer un recours contre le vendeur pour le prix de l'héritage qui m'appartient. *Nec obstat* que je n'exerce pas le retrait de celui-ci ; car lorsque quelqu'une des choses comprises au marché est périe, quoique je ne puisse pas exercer le retrait de cette chose qui n'existe plus, néanmoins si j'exerce le retrait du surplus, je dois rendre à l'acheteur tout le prix et tous les loyaux coûts du marché, parcequ'il suffit qu'il ne lui reste rien du marché, pour

qu'il doive être remboursé du total, devant être rendu parfaitement indemne.

214. Grimaudet, 1, 10, apporte une exception à cette décision, dans le cas auquel l'acheteur auroit, en achetant, connoissance que l'héritage qui lui a été vendu conjointement avec celui de mon parent, m'appartenoit. En ce cas l'acheteur ayant par mauvaise foi laissé comprendre dans le marché l'héritage qu'il savoit m'appartenir, il n'est pas recevable à répéter contre moi, lorsque j'exerce le retrait, les loyaux coûts du marché pour raison du mien, et il doit être renvoyé contre le vendeur.

CHAPITRE VII.

Dans quel temps doit s'exercer le retrait lignager.

215. Il étoit de l'intérêt public, en accordant aux parents du vendeur le droit de retrait lignager, de leur fixer un temps court dans lequel ils dussent l'exercer, afin que les acheteurs ne fussent pas trop long-temps empêchés par la crainte du retrait d'améliorer leurs héritages.

Il faut voir, 1° quel est ce temps, 2° de quand il commence à courir, 3° quand le lignager est censé exercer le retrait dans le temps prescrit.

ARTICLE PREMIER.

Quel est le temps réglé par les coutumes dans lequel le retrait doit être exercé.

216. Les coutumes ont différemment réglé ce temps: celle d'Auvergne le fixe à trois mois du jour de la prise de possession réelle par l'acheteur: celle de Bourbonnois accorde un pareil temps pour le retrait des immeubles corporels, et six mois pour celui des droits incorporels: celle de Berry n'accorde que soixante jours depuis le contrat:

plusieurs coutumes de Flandre n'en accordent que quarante depuis la publication du contrat en justice. Il y en a une qui accorde dix-sept jours et dix-sept nuits, depuis *le vest*, c'est-à-dire depuis que l'acheteur s'est fait ensaisiner.

Le plus grand nombre des coutumes a fixé ce temps à un an.

217. Plusieurs, telles que celles de Paris et d'Orléans, disent *dans l'an et jour :* mais par ces termes *et jour*, il ne faut pas croire qu'elles accordent un jour de plus que les coutumes qui disent simplement *dans l'année ;* elles n'ont entendu autre chose, sinon qu'elles accordent le terme d'un an, *non compris le jour du terme* duquel le temps doit courir; et elles décident par là la fameuse question agitée autrefois par d'anciens interprètes, *an dies termini debeat computari in termino.*

Par exemple, dans notre coutume d'Orléans, dans laquelle le temps de retrait court du jour de l'insinuation du contrat; si j'ai acheté un héritage le premier mai 1770, et que le contrat ait été insinué le même jour; quoique le dernier jour de l'année, en la commençant au premier mai 1770, soit le dernier jour d'avril 1771, néanmoins la famille a encore tout le jour du premier mai 1771, parce-que la coutume, qui ne veut pas que le jour du premier mai, qui est le jour du terme duquel l'année a commencé à courir, soit compté, accorde un jour après la révolution de l'année, qui tient lieu du premier jour du terme, qui ne doit pas être compté.

Mais il ne seroit plus temps le 2 de mai; *voyez plusieurs arrêts cités par Duplessis et ses annotateurs.*

218. Cet an et jour que les coutumes accordent pour le temps du retrait, est un espace de trois cent soixante-cinq jours, non compris le jour du terme. Ce temps se compte par jours et non par moments; c'est pourquoi il n'importe en quel temps de la journée l'insinuation du contrat ait été faite : quand même elle auroit été faite le premier jour de mai 1770, avant midi, la famille n'en aura

pas moins toute la journée du premier mai 1771, jusqu'au soir, pour exercer le retrait.

219. Observez aussi que si l'année est une année bissextile, le jour intercalaire, qui est le 29 de février, n'est pas compté dans les trois cent soixante-cinq jours : il est censé, lorsqu'il est question de composer une année, ne faire qu'un même jour avec le jour précédent.

220. Il nous reste à observer que le temps prescrit par les coutumes pour le retrait ne peut être restreint ni prorogé par la convention des parties.

Il est évident qu'il ne peut être restreint, puisque les parties ne peuvent pas donner atteinte au droit de retrait, suivant que nous l'avons vu au chap. 1, §. 2.

Il ne peut non plus être prorogé en tant que le retrait lignager a un temps plus long que celui fixé par la coutume, parceque les prescriptions étant de droit public, leur forme, et par conséquent le temps de leur durée, ne peuvent être changés par les conventions des particuliers, suivant la régle, *Privatorum pactis juri publico derogari non potest.*

Mais rien n'empêche qu'une personne, en vendant son héritage, ne puisse le vendre à la charge du retrait au profit de sa famille pendant un temps plus long que celui réglé par les coutumes pour le retrait lignager, parceque ce retrait, à la charge duquel il vend son héritage, est un retrait conventionnel qui n'est sujet ni au temps, ni aux formalités du retrait lignager.

ARTICLE II.

De quand commence à courir le temps réglé pour exercer le retrait.

221. Pour que le temps du retrait puisse commencer à courir, il faut, avant toutes choses, que le droit de retrait soit ouvert et puisse être exercé; *voyez sur l'ouverture du retrait*, suprà, *chap. 4, art. 4.*

Il faut de plus que tout ce que la coutume du lieu où

l'héritage est situé, et l'édit des insinuations, exigent pour faire courir le temps du retrait, ait été observé.

Enfin il faut qu'il ne se rencontre aucune autre cause qui empêche le temps du retrait de courir.

§. I. De ce qui est requis par les différentes coutumes et par l'édit des insinuations, pour faire courir le temps du retrait.

222. Les coutumes sont fort différentes entre elles sur ce qu'elles exigent pour faire courir le temps du retrait.

Plusieurs veulent que ce temps ne coure que du jour que l'acquéreur est entré en possession réelle et actuelle de l'héritage : les coutumes de Dunois, *art.* 79, et de Chartres, *art.* 67, sont de ce nombre.

La raison sur laquelle ces coutumes se fondent, est que la famille du vendeur n'est pas suffisamment avertie de la vente de l'héritage par le contrat qui en a été passé, que la famille peut ignorer. Pour qu'elle en soit suffisamment avertie, il faut qu'elle voie l'acquéreur en possession de l'héritage.

Il résulte de ces termes, *possession réelle et actuelle*, que la possession que l'acquéreur acquiert par la voie de la tradition feinte n'est pas suffisante dans ces coutumes pour faire courir le temps du retrait. Par exemple, lorsque par le contrat de vente, ou par un acte séparé, l'acquéreur a fait au vendeur un bail à ferme ou à loyer de l'héritage vendu, ou lorsque le vendeur en a retenu l'usufruit, ou lorsque, par une clause de constitut, il a déclaré ne le retenir désormais qu'au nom de l'acquéreur, et pour lui; quoique par toutes ces manières l'acquéreur prenne possession de l'héritage par le ministère du vendeur, et qu'il le possède par le vendeur, qui ne retient l'héritage qu'au nom de l'acquéreur comme son fermier ou locataire, ou comme le tenant de lui précairement ou à titre d'usufruit; néanmoins, dans tous ces cas, cette possession de l'acquéreur n'est pas suffisante dans ces coutumes pour faire courir le temps du retrait. Cette possession n'est pas

une possession réelle et actuelle de l'acquéreur : on ne le voit pas en possession, on voit toujours au contraire le vendeur jouir de l'héritage; et le bail à ferme ou à loyer qui lui a été fait, et les autres actes desquels il résulte que c'est au nom et pour l'acquéreur qu'il tient l'héritage, sont des actes qui peuvent être aussi ignorés de la famille que le contrat de vente.

223. C'est une possession réelle et actuelle non équivoque, lorsque l'acheteur est venu lui-même occuper la maison qui lui a été vendue, ou qu'il fait valoir par ses mains l'héritage qui lui a été vendu.

Il n'est pas équivoque non plus lorsque le vendeur qui jouissoit par lui-même de l'héritage qu'il a vendu, en a quitté la jouissance, et que l'acheteur en a passé bail à ferme ou à loyer à un tiers.

Lorsque c'est le même fermier ou locataire qui tenoit l'héritage du vendeur, qui demeure en jouissance de l'héritage, l'acquéreur ayant acquis à la charge de l'entretien du bail, il faut que l'acquéreur, ou se soit transporté lui-même sur l'héritage, ou y ait envoyé quelqu'un de sa part, et s'y soit fait reconnoître publiquement par les fermiers et locataires pour propriétaire de l'héritage, ou qu'il ait fait d'autres actes qui fassent connoître sa possession, de manière qu'on ne puisse l'ignorer.

224. C'est un usage dans le Dunois, que les acquéreurs qui craignent le retrait se transportent sur l'héritage par eux-mêmes, ou par quelqu'un de leur part, et s'y font donner acte par un notaire, en présence de témoins, de la prise de possession qu'ils font de l'héritage. Cet acte n'est pas par lui-même nécessaire pour faire courir le temps du retrait dans cette coutume, puisque cette coutume n'exige point cette formalité. Lorsque la possession réelle de l'acheteur ne peut être équivoque, comme lorsqu'il jouit par lui-même de l'héritage qu'il a acheté, cet acte est entièrement inutile et superflu : il peut être utile pour constater la possession réelle de l'acquéreur, dans les cas auxquels elle pourroit être révoquée en doute.

225. Quelques coutumes ne se contentent pas de la possession réelle de l'acheteur pour faire courir le temps du retrait; elles exigent qu'il s'en fasse donner acte devant notaire, en présence de témoins. Telle est celle de Châteauneuf, *art.* 77; de la Marche, *art.* 263, etc. Dans ces coutumes, cet acte est indispensable pour faire courir l'an du retrait. Le motif de ces coutumes a été d'empêcher les procès sur la question de fait, depuis quand l'acheteur étoit, ou non, en possession réelle.

226. D'autres coutumes, par un semblable motif, requièrent d'autres formalités pour faire courir le temps du retrait. Par exemple, celle de Normandie, *art.* 452 et *art.* 455, fait courir le temps du retrait du jour de la lecture et publication du contrat de vente, qu'elle veut être faite un jour de dimanche, à la porte de l'église paroissiale du lieu où l'héritage est situé, à l'issue de la messe de paroisse, dont acte doit être dressé par le curé, vicaire, sergent ou tabellion, et signé par quatre témoins.

227. Plusieurs coutumes ne font courir le temps de retrait pour les héritages en fief, que du jour que l'acheteur en a porté la foi; et pour ceux tenus en censive, que du jour qu'il s'en est fait ensaisiner par le seigneur. La coutume de Paris, *art.* 138, est de ce nombre.

Si c'étoit le seigneur lui-même qui en eût fait l'acquisition, ou si l'héritage étoit en franc-aleu, la coutume de Paris, *art.* 132 et 159, veut qu'en ce cas le contrat soit publié en jugement, et insinué au plus prochain siége royal, pour que le temps du retrait puisse commencer à courir.

228. Quoique la coutume de Paris et plusieurs autres disent que le temps du retrait court depuis la réception en foi, néanmoins il y a lieu de penser qu'il court pareillement du jour que l'acquéreur a été reçu en souffrance, ou du jour qu'il a dûment fait ses offres.

Ces coutumes ne demandent cela que parcequ'elles réputent l'acquéreur n'avoir pas suffisamment pris possession, lorsqu'il ne s'est pas fait investir par le seigneur; mais la souffrance en laquelle a été reçu l'acquéreur, aussi

bien que les offres qu'il a dûment faites, équipollent à foi, et l'investissent au moins tant qu'elles durent: elles doivent donc faire courir le temps du retrait. Notre coutume, *art.* 364, s'en est expliquée formellement, et elle doit servir d'interprétation aux autres coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

Mais la quittance des profits ne peut équipoller à la réception de foi ni à l'ensaisinement, ni par conséquent faire courir le temps du retrait; *Arrêt de* 1605, *rapporté par Ricard.*

Lorsqu'il y a plusieurs coseigneurs par indivis, il suffit que l'acquéreur ait été reçu en foi, ou ensaisiné par l'un d'eux. C'est l'avis de Ricard sur Paris.

La réception par main souveraine pendant un combat de fief fait aussi courir le temps du retrait; *Duplessis.*

229. Enfin il y a des coutumes qui ne requièrent aucune formalité pour faire courir le temps du retrait, et qui le font courir aussitôt qu'il est ouvert, et dès le jour du contrat : telles sont les coutumes de Sens, d'Auxerre, et plusieurs autres.

Notre coutume d'Orléans, *art.* 363, fait aussi courir le temps du retrait du jour du contrat, sauf à l'égard des héritages tenus en fief, à l'égard desquels le temps du retrait ne court que du jour que l'acheteur a été reçu en foi ou en souffrance, ou a dûment fait ses offres; *art.* 364.

230. L'édit des insinuations, de 1704, ordonne que le temps du retrait ne courra que du jour de l'insinuation.

Cette loi est observée dans tout le royaume, et dans les coutumes qui faisoient courir le temps du retrait du jour du contrat: il ne peut plus, suivant cette loi, commencer à courir que du jour de l'insinuation. Au reste, cette loi ne dispense pas des autres formalités que les différentes coutumes requièrent pour faire courir le temps du retrait, qui ne commence à courir qu'après que l'acheteur a satisfait à toutes les formalités, tant à celles requises par l'édit, qu'à celles requises par les coutumes.

231. Le certificat de l'insinuation, signé par le greffier

des insinuations au bas de la minute de l'acte, et la mention qui en est faite sur la grosse, ne supplée pas l'insinuation à l'effet de faire courir le temps du retrait, lorsque le contrat ne se trouve pas effectivement inscrit sur le registre, par l'inadvertance du greffier qui auroit omis de l'y inscrire. Les formalités sont de rigueur; l'acquéreur a dû s'en assurer par le registre même. C'est l'avis de Grimaudet, IX, 15, Vigier, et beaucoup d'autres. Il y a seulement en ce cas une action en dommages et intérêts contre le greffier qui l'a induit en erreur, et contre les traitants, qui sont responsables des fautes des commis qu'ils préposent, *utili actione institoriâ;* Vigier, Vaslin, etc.

Il en seroit autrement si le registre des insinuations de ce temps avoit été incendié, ou par quelque autre cause ne se trouvoit plus : l'attestation étant au bas de la minute, feroit foi de l'insinuation.

232. Le défaut d'insinuation empêche le temps du retrait de courir, même vis-à-vis des parents qui ont été présents au contrat, lesquels en peuvent opposer le défaut.

233. Lorsqu'on a vendu un héritage comme se faisant fort du propriétaire; quoiqu'il ne soit pas d'usage d'insinuer les actes de ratification, lorsque le contrat a été insinué avant que la ratification soit intervenue, et qu'on puisse peut-être en conséquence soutenir que l'insinuation de cet acte n'est pas nécessaire pour faire courir le temps du retrait, néanmoins il est plus sûr d'insinuer la ratification et la vente, parceque c'est par cette ratification que l'héritage est mis hors de la famille, et qu'il y a lieu au retrait.

234. La faute des contractants, par laquelle on a dérobé à la famille la connoissance du contrat qui donnoit ouverture au retrait, est une cause qui empêche le temps du retrait de courir; car c'est la même chose pour la famille que le retrait ne soit pas ouvert, ou qu'elle en ignore l'ouverture.

C'est pourquoi si l'on a déguisé le contrat de vente sous

la fausse apparence d'un contrat qui n'y étoit pas sujet, et que long-temps après l'on ait trouvé sous un scellé la contre-lettre qui a découvert la fraude, le temps du retrait n'aura pas couru jusqu'à la découverte de la fraude. L'an du retrait commencera-t-il au moins à courir du jour de la découverte de la contre-lettre? Je ne le crois pas; car l'acte qu'on a fait paroître n'étant pas le véritable contrat de vente que les parties ont fait ensemble, n'étant au contraire que l'enveloppe dont on s'est servi pour le cacher, on n'a pas, par l'insinuation qui a été faite de cet acte, satisfait à la formalité de l'insinuation du contrat de vente, requise pour faire courir l'an du retrait. C'est pourquoi, à moins qu'on n'insinue aussi la contre-lettre, qui est l'acte qui contient le contrat de vente, l'an du retrait ne courra pas, et le droit de retrait ne pourra s'éteindre que par la prescription de trente ans.

235. Si, sans déguiser le contrat, on a pratiqué des manœuvres pour en dérober la connoissance à la famille; par exemple, si le vendeur, dans le seul dessein de cacher la vente, a affecté de rester en possession de l'héritage, de percevoir les fruits, qu'il rendoit secrètement à l'acheteur; de faire les réparations, dont il se faisoit faire raison secrètement par l'acheteur; l'an du retrait ne doit pas courir tant que ces manœuvres ont duré, quoique le contrat ait été insinué; car quoique le registre des insinuations soit un registre public, on ne va pas le consulter lorsqu'on ne se doute de rien; et l'acquéreur qui a pratiqué ces manœuvres pour cacher son acquisition à la famille, n'est pas recevable à dire au retrayant qu'elle a dû lui être connue par l'insinuation.

Au reste, le juge ne doit pas être facile à recevoir la preuve des faits qu'on fait passer pour des manœuvres pratiquées afin de cacher à la famille le contrat de vente: il faut que ces faits soient tels que la fraude saute aux yeux: *Dolum ex perspicuis indiciis probari convenit;* l. 6, *Cod. de dol. mal.*

§. II. Des autres causes qui empêchent ou n'empêchent pas le temps du retrait de courir.

236. On a agité autrefois la question, si la faculté de réméré empêchoit le temps du retrait de courir tant qu'elle dure.

Les coutumes de Berry, *tit.* 13, *art.* 9, et d'Auvergne, *t.* 23, *art.* 13, décident pour la négative.

La raison de cette décision est, que la vente faite avec la clause de réméré est pure et simple; la clause de réméré n'est qu'une clause résolutoire : *purè fit venditio, sed sub conditione resolvitur.* Cette clause n'empêche pas qu'il n'y ait ouverture au retrait pendant que cette faculté dure : elle ne doit donc pas empêcher le temps du retrait de courir; car, de droit commun, le temps dans lequel un droit doit être exercé, court depuis qu'il est ouvert, et qu'il a pu l'être. Cette raison, qui est très juridique, doit faire suivre la décision de ces coutumes sur cette question dans les coutumes muettes : il y a néanmoins plusieurs auteurs qui sont d'avis contraire; *Duplessis et ses annotateurs.*

237. Plusieurs coutumes, du nombre desquelles est notre coutume d'Orléans, ont embrassé l'opinion contraire. Elle dit, *art.* 193, que lorsqu'un héritage est vendu avec faculté de réméré, il y a lieu au retrait pendant tout le temps que dure ladite faculté, et pendant l'an et jour après ladite faculté finie.

La coutume ajoute, soit qu'elle fût accordée hors ou dedans le contrat de vente, auparavant et depuis, bien entendu pourvu que l'acheteur n'ait pas tardé à accorder au vendeur cette faculté de réméré après l'expiration de l'année du retrait; car cette faculté peut bien empêcher le temps du retrait de courir, lorsque le droit de retrait subsiste encore; mais il est évident qu'elle ne peut le ressusciter lorsqu'il est éteint.

Je ne vois pas d'autre raison de l'opinion que notre coutume a embrassée, sinon la valeur du droit de retrait, les

coutumes ne l'ayant limité à temps court, et ne l'ayant assujetti à la prescription annale, que parcequ'il est de l'intérêt public que les acheteurs ne soient pas trop long-temps sans pouvoir se regarder comme possesseurs incommutables. Lorsque l'acheteur ne peut pas d'ailleurs, par rapport au réméré auquel il est sujet, se réputer propriétaire incommutable, la cause pour laquelle la coutume a établi cette prescription se trouvant cesser en ce cas, cette prescription ne doit pas courir.

238. Quoique notre coutume d'Orléans accorde l'an et jour pour exercer le retrait, du jour de l'expiration de la faculté de réméré, il n'en faut pas conclure que si cette faculté avoit duré trente ans, les lignagers auroient encore l'an et jour depuis l'expiration des trente ans pour exercer le retrait; car la coutume n'a entendu arrêter par cet article que la prescription d'an et jour, et non la prescription de trente ans, qui éteint toutes les actions, et celle en retrait lignager comme les autres. Pour que le temps de cette prescription trentenaire coure, il suffit que l'action de retrait ait été ouverte : or elle l'a été du jour du contrat, et les lignagers ont pu dès ce temps l'exercer.

239. Mais je ne serois pas de l'avis de Me Vaslin, qui pense que la prescription d'un an et jour n'est arrêtée que pendant le temps stipulé pour la faculté de réméré, et non pendant la prorogation qui a lieu faute par l'acquéreur de faire déchoir le vendeur. Les raisons que nous avons rapportées pour le temps de la convention militent également, et même plus, pour le temps de la prorogation, puisque cet acheteur doit s'imputer d'avoir tardé à obtenir un jugement de déchéance. La raison que Me Vaslin allègue pour son avis est, que c'est en faveur du vendeur que la jurisprudence a accordé cette prolongation du réméré, et que les lignagers ne doivent pas s'en prévaloir : mais ce n'est pareillement qu'en faveur du vendeur que la faculté de réméré a été stipulée par le contrat, ce qui n'empêche pas les lignagers d'en profiter.

240. Il ne faut pas étendre la décision de cet article à

tous les acheteurs qui sont dans le cas de craindre une éviction, tels que ceux qui auroient acheté d'un mineur. La différence est, que ceux-ci peuvent se dire et porter pour possesseurs incommutables, et prétendre avoir des moyens pour se défendre, s'ils sont attaqués; au lieu que celui qui a acquis à la charge de réméré ne peut pas se porter pour tel, puisque son titre y résiste. D'ailleurs la décision de cet article contenant un droit singulier, *jus singulare*, contraire au principe général qui fait courir les prescriptions établies contre quelque action que ce soit, du jour qu'elle est ouverte, et qu'elle a pu être exercée, cette décision n'est pas susceptible d'extension, et doit être restreinte dans le cas de l'article.

241. De là il suit que le temps du retrait ne laisse pas de courir pendant le procès que l'acheteur a contre le vendeur sur la validité du contrat, ou contre quelque autre sur la propriété de l'héritage, quoique l'incertitude de l'événement d'un procès empêche qu'il ne puisse être regardé pendant ce temps comme propriétaire incommutable. Il ne doit pas être au pouvoir du vendeur, en faisant à l'acquéreur un procès injuste, de prolonger contre lui le temps du retrait; l'équité ne permet pas non plus que les lignagers laissent essuyer à l'acheteur le coût et les fatigues d'un long procès, et viennent ensuite, après le gain du procès, *quasi ad paratas epulas*, en recueillir le fruit par un retrait. Les lignagers doivent donc, nonobstant le procès, exercer le retrait dans l'année contre l'acquéreur, reprendre l'instance en sa place, et lui rembourser les dépens qu'il a faits.

Grimaudet, IX, 19, me paroît excepter mal-à-propos le cas auquel un lignager auroit eu ce procès contre l'acquéreur. Il prétend que ce procès arrête en sa faveur l'an du retrait, n'ayant pas pu intenter l'action pendant qu'il étoit en procès sur la propriété de l'héritage; d'où il conclut que ce lignager peut, s'il succombe, donner la demande en retrait dans l'an et jour depuis la fin du procès. Cette opinion ne me paroît pas raisonnable. Un procès injuste que ce li-

gnager a fait à l'acquéreur, ne doit pas lui être profitable, et faire proroger en sa faveur le temps du retrait. D'ailleurs ce temps court contre la famille en général, et non contre aucun des lignagers déterminément : d'où il suit que les raisons personnelles à un particulier de la famille ne le doivent pas empêcher de courir.

242. L'appel d'un décret forcé n'arrête pas non plus le temps du retrait auquel l'adjudication par retrait a donné ouverture : le retrayant qui veut prendre le marché doit essuyer le procès qui en est une charge. Brodeau, sur l'*article* 150 de Paris, cite trois arrêts qui l'ont jugé.

243. La poursuite d'un décret volontaire qu'un acquéreur fait sur lui, suivant la faculté qu'il a stipulée par son contrat d'acquisition, n'arrête pas non plus le temps du retrait auquel le contrat de vente a donné ouverture; *Orléans*, *art.* 401.

244. Enfin la minorité d'un lignager n'empêche pas le temps du retrait de courir : la coutume de Paris, *art.* 131, celle d'Orléans, *art.* 366, et un grand nombre d'autres en ont des dispositions : *L'an du retrait*, disent-elles, *courant contre le mineur que le majeur*, *sans espérance de restitution.*

Cette décision a lieu quand même le mineur auroit été destitué de tuteur; elle a lieu pareillement contre les lignagers qui auroient été absents pour le service du roi; *Arrêt du 6 mars* 1552, *cité par Lalande.*

Les raisons de cette décision sont, 1° que le retrait étant accordé à la famille en général, c'est proprement contre la famille en général qu'il court, plutôt que contre aucune personne déterminée de la famille. 2° La faveur de la minorité, ou de l'absence pour le service du roi, doit céder à la raison qui a fait restreindre à un temps court le temps du retrait; cette raison étant tirée d'un intérêt public, qui ne permet pas que les acquéreurs soient empêchés d'améliorer leurs biens par une trop longue incertitude de leur acquisition : or l'intérêt public l'emporte toujours sur la fa

veur des particuliers, sur-tout lorsque ces particuliers *certant de lucro.*

245. Plusieurs auteurs disent que l'an du retrait ne court pas contre le mineur lorsque c'étoit son tuteur qui étoit l'acquéreur, parcequ'il devoit faire exercer le retrait sur lui, si l'intérêt du mineur le demandoit : *quia*, disent-ils, *à se exigere debuit;* Duplessis et ses annotateurs. Il me paroît plus exact de dire que l'an du retrait court; mais que s'il paroît que le tuteur avoit alors des fonds au mineur, et qu'il fût de l'intérêt du mineur que le tuteur eût fait nommer un curateur au mineur pour exercer le retrait, le mineur devenu majeur peut en ce cas, non par l'action du retrait lignager, qui est éteinte, mais par l'action de tutelle, *actione tutelæ*, se faire délaisser l'héritage, de même que si le retrait eût été effectivement exercé dans le temps pour ce mineur, par un curateur nommé *ad hoc* contre son tuteur; parcequ'un mineur, suivant les principes du droit, peut, par l'action de tutelle, exiger de son tuteur tout ce que le tuteur devoit exiger de soi-même au profit de son mineur : *Tenetur tutelæ judicio, in id quod à se exigere debuit:* ce qui est une suite de ce principe : *Quod adversùs alium præstare debet tutor, pupillo suo id adversùs se quoque præstare debet;* l. 9, §. 3, ff. *de adm. tut.*

ARTICLE III.

Quand le lignager est-il censé exercer le retrait dans le temps prescrit?

246. Suivant le droit commun, un demandeur en action de retrait lignager, de même qu'en toute autre espéce d'action, est censé exercer son droit et son action dans le temps prescrit par la loi, lorsque l'exploit de demande est donné avant l'expiration de ce temps, fût-ce le dernier jour.

La coutume de Paris, *art.* 130, et quelques autres, se sont écartées de ce principe : elles ne se contentent pas que l'exploit de demande en retrait soit donné dans l'an et jour

prescrit pour exercer le retrait; elles veulent de plus que le jour auquel échet l'assignation, soit aussi dans ce terme d'an et jour : s'il tomboit après l'expiration de l'an et jour, le lignager, dans ces coutumes, seroit non recevable, comme n'ayant pas exercé son retrait dans le temps prescrit. Ces coutumes, étant contraires au principe général, doivent être restreintes à leur territoire.

247. Lorsqu'il y a plusieurs acquéreurs ou plusieurs héritiers d'un même acquéreur, l'action de retrait étant une action divisible (*suprà*, *chap.* 2), si le lignager n'a donné sa demande en retrait dans l'an et jour que contre l'un d'eux, il aura exercé son droit de retrait dans le temps prescrit, pour la part de celui contre qui il a donné la demande; mais il en sera déchu pour les parts des autres.

248. Suivant notre coutume d'Orléans, *art* 368, lorsque l'acquéreur n'a pas son domicile dans le bailliage d'Orléans, il est permis aux lignagers de donner la demande en retrait contre les détenteurs, c'est-à-dire, les fermiers, locataires ou concierges qui sont trouvés dans l'héritage, lesquels sont tenus d'indiquer le nom et la demeure de l'acquéreur, pour que le lignager puisse se pourvoir contre lui, et l'assigner en son domicile. Par cette demande donnée contre le détenteur dans l'an et jour, le lignager est censé avoir exercé son droit dans l'an et jour, quoique la demande contre l'acquéreur ne soit donnée qu'après l'expiration de l'an et jour; et la demande est bien donnée, pourvu qu'elle le soit dans le temps qui lui aura été fixé par le juge, eu égard à la distance des lieux, sur l'indication du détenteur.

249. Lorsqu'il n'y a aucun détenteur sur l'héritage, comme lorsque c'est une pièce de terre en bois qui est l'objet de l'acquisition, le lignager qui ne sait pas la demeure de l'acquéreur peut avoir recours à la voie de la proclamation ou cri public que propose la coutume de Berry, *t.* 14, *art.* 8; et par cette proclamation faite dans l'an et jour, le lignager est censé avoir exercé le retrait

dans l'an et jour: on doit à cet égard se conformer à l'usage, s'il y en a.

Lorsqu'il y a plusieurs acquéreurs, dont les uns ont leur domicile dans le bailliage d'Orléans, les autres ne l'ont pas, le lignager, par la demande donnée contre le détenteur de l'héritage ou par la proclamation, est bien censé exercer le droit de retrait pour les parts de ceux qui n'ont pas leur domicile dans le bailliage; mais il n'est pas censé l'exercer pour les parts de ceux qui y ont leur domicile: il faut qu'il les assigne dans le temps de l'an et jour, à leur domicile; sinon il sera déchu vis-à-vis d'eux, et pour leur part.

250. Lorsque l'acquéreur, avant que la demande en retrait ait été donnée contre lui, a aliéné l'héritage sujet au retrait, les lignagers pouvant ignorer cette aliénation, la coutume d'Orléans a très sagement ordonné en l'*art.* 369, que le lignager devoit être censé avoir exercé dans le temps prescrit d'an et jour, son droit de retrait par la demande donnée contre cet acquéreur, même vis-à-vis du tiers détenteur, quoiqu'il ne donne la demande contre ce tiers détenteur qu'après l'an et jour passés, pourvu qu'il la donne dans les quarante jours depuis l'indication qu'en aura donnée l'acquéreur.

Lorsqu'il y a plusieurs acquéreurs qui ont tous aliéné au profit d'un tiers, l'assignation donnée à l'un d'eux interrompt la prescription annale contre ce tiers pour le total, quoique, s'ils n'eussent pas aliéné, l'assignation donnée à l'un d'eux ne l'eût interrompue que pour sa part. La raison est, que la demande donnée contre l'un des acquéreurs qui ont aliéné à un tiers l'héritage, n'est qu'une simple protestation d'agir contre ce tiers, que le lignager ne connoît pas; et cette protestation est également constatée par la demande donnée contre l'un d'eux, comme par la demande donnée contre tous.

ARTICLE IV.

De la nature et de l'effet de la prescription contre le retrait.

251. La prescription contre le retrait est différente des prescriptions contre les autres obligations.

Lorsque les obligations sont, de leur nature, perpétuelles, et qu'elles n'ont pas été contractées pour ne devoir durer qu'un certain temps, les prescriptions résultantes du laps de temps réglé par la loi, que le débiteur acquiert contre les obligations et contre le droit du créancier qui en résulte, sont des prescriptions qui n'éteignent pas l'obligation ; ces prescriptions, tant qu'elles subsistent, la font seulement présumer acquittée, et donnent au débiteur une fin de non recevoir contre l'action du créancier. Ces prescriptions peuvent se couvrir, et être détruites par la reconnoissance ou le paiement que le débiteur feroit de la dette depuis que ces prescriptions lui ont été acquises; *Voyez sur ces prescriptions notre Traité des obligations*, *n.* 676 *et suiv.*

Mais lorsqu'une obligation n'a été contractée que pour durer pendant un certain temps; en ce cas, suivant les principes de notre droit françois, différent en cela de la subtilité du droit romain, la prescription qui résulte du laps de ce temps n'opère pas seulement, comme celles dont nous venons de parler, une simple fin de non recevoir contre l'action du créancier, mais une extinction de la dette qui la détruit entièrement, et ne la laisse plus subsister; *Voyez notre Traité des obligations*, *n.* 671.

Or telle est la nature de la prescription en matière de retrait. Le droit de retrait que la loi accorde à la famille ne lui est accordé que pour un certain temps limité: l'obligation que l'acquéreur contracte de délaisser l'héritage aux lignagers ne dure que pendant ce temps ; l'un et l'autre s'éteignent de plein droit par le laps de ce temps.

252. Il suit de ces principes, que la demande en retrait lignager, qui seroit donnée par un lignager après l'an et

jour, seroit une demande donnée sans aucun droit, et semblable à celle qui seroit donnée par un parent qui n'est pas de la ligne d'où l'héritage procède; car c'est la même chose de n'avoir plus le droit qu'on a eu, ou de n'en avoir jamais eu.

253. De là il suit que l'abandon de l'héritage qui seroit fait par l'acquéreur à ce lignager sur une pareille demande, ne devroit pas passer pour un retrait qu'auroit exercé le lignager, mais pour une nouvelle vente que l'acquéreur auroit faite de cet héritage au lignager.

254. Cette décision doit sur-tout avoir lieu vis-à-vis des tiers. C'est pourquoi, 1° cet abandon fait sur une pareille demande en retrait ne décharge pas l'acquéreur envers le seigneur, du profit dû pour la vente qui lui en a été faite, s'il n'a pas encore été acquitté.

2° Elle donne ouverture à un second profit pour cet abandon, qui est une nouvelle vente que cet acquéreur fait au lignager. 3° L'héritage passe au lignager avec la charge de toutes les hypothèques et autres droits réels dont l'héritage a été chargé par cet acheteur: car le laps du temps du retrait ayant rendu le droit de propriété de l'acheteur parfait, et non sujet à se résoudre par le retrait, a rendu pareillement irrévocables les droits d'hypothèque et autres, que ces personnes tiennent de l'acquéreur; et il ne doit pas être au pouvoir de l'acquéreur de les en dépouiller, en reconnoissant un prétendu droit de retrait qui n'existe plus.

255. Ce n'est pas seulement vis-à-vis des tiers que l'abandon de l'héritage fait par l'acquéreur au lignager, sur une demande en retrait donnée après l'an et jour, ne passe pas pour un retrait; il ne l'est pas en lui-même et dans la vérité, puisque, dès avant la demande, le droit de retrait lignager avoit cessé d'exister. C'est pourquoi l'héritage abandonné sur une telle demande sera, dans la personne du lignager, un pur acquêt: il n'aura pas la qualité de propre qu'il auroit eue, au moins *secundùm quid*, si c'eût été un véritable retrait; l'héritier aux propres ne pourra

le prétendre dans la succession du lignager, et il ne sera pas sujet au retrait s'il est revendu.

256. Le lignager ne seroit pas néanmoins recevable à soutenir contre l'acquéreur qui lui a fait le délais sur la demande en retrait, que ce délais n'est pas un retrait, mais une vente qui oblige cet acquéreur envers lui à la garantie de toutes évictions; car il n'est pas recevable à impugner lui-même la forme du retrait dont il s'est servi pour acquérir l'héritage, ni à prétendre contre l'acquéreur qui lui a fait le délais de l'héritage sur sa demande en retrait, une garantie d'autres évictions que de celles qui procéderoient de ses faits : la forme que ce lignager a choisie lui-même, prouve que ni lui n'a eu intention de stipuler de cet acquéreur une telle garantie, ni cet acquéreur de s'y obliger.

257. Lorsque l'acquéreur, sur la demande donnée, depuis l'expiration de l'an et jour, n'a pas reconnu le retrait, mais s'est laissé condamner à délaisser par retrait sur cette demande; s'il est constant que la demande n'a été donnée que depuis l'année, une telle sentence doit, vis-à-vis des tiers, passer pour collusoire entre le lignager et l'acquéreur, et ne doit pas préjudicier à leurs droits.

Mais lorsqu'il y avoit question si la demande étoit donnée ou non dans l'année, et si l'acquéreur avoit satisfait à ce qui est requis pour la faire courir, les tiers ne sont pas recevables à impugner la sentence, et à ressusciter le procès. La demande sur laquelle la sentence d'adjudication de retrait est intervenue doit être présumée avoir été donnée dans l'année, sur-tout lorsque la sentence est contradictoire, à moins que la collusion ne fût évidente, et telle qu'elle pût être justifiée incontinent, et sans qu'il fût besoin de renouveler pour cela un procès.

Même dans le cas auquel la sentence auroit été rendue par défaut, ou même le retrait reconnu sans sentence, on ne doit pas facilement écouter les tiers, lorsqu'il paroît quelque raison pour soutenir que le temps du retrait n'étoit pas passé lors de la demande.

ARTICLE V.

S'il y a un temps particulier pour la péremption des instances en retrait, et de l'appel des sentences de débouté de retrait.

258. C'est une maxime fondée sur plusieurs anciens arrêts, et sur l'autorité de ceux qui ont écrit sur la matière du retrait, que la demande en retrait lignager et toutes les autres actions annales se périment par un an, lorsqu'elles n'ont pas encore été contestées. L'ordonnance de Roussillon et l'arrêté de 1692, qui déclarent que toutes les instances, quoique non contestées, se périment par trois ans, ne doivent s'entendre que des actions ordinaires, et non des annales, leur esprit ayant été d'abréger le temps des péremptions, et non de le prolonger. Mais lorsque ces actions ont été contestées, elles ne se périment plus que par trois ans.

259. Quelques auteurs ont écrit que le lignager ne devoit pas être reçu à appeler du jugement qui l'avoit débouté du retrait, après le temps d'un an révolu depuis la date dudit jugement. C'est l'opinion de Brodeau sur l'*art.* 130 de Paris, que Lemaître, sur Paris, approuve, en convenant néanmoins que cette opinion souffre beaucoup de difficulté. La raison sur laquelle on se fonde, est qu'il n'est pas équitable que le retrayant, après avoir été débouté du retrait, ait plus de temps pour l'exercer par la voie de l'appel du jugement, qu'il n'en avoit auparavant. Cette raison ne me paroît pas décisive : l'ordonnance de 1767, qui a réglé le temps dans lequel on pourroit être reçu à appeler des sentences, est une loi générale qui embrasse toutes les sentences sur quelque matière que ce soit; il faudroit une disposition précise pour excepter de la loi générale les jugements de débouté de retrait. Les dispositions des coutumes sont entièrement remplies, lorsque la demande en retrait lignager a été donnée dans le temps qu'elles ont prescrit pour la donner.

CHAPITRE VIII.

De la forme en laquelle s'exerce le retrait.

260. Le retrait s'exerce par un exploit de demande que le lignager retrayant doit donner contre l'acheteur ou le tiers détenteur, par-devant juge compétent, aux fins de délais de l'héritage, et aux offres de rendre à l'acheteur le prix de son acquisition et les loyaux coûts.

261. Lorsque le lignager est un mineur sous puissance de tuteur, la demande en retrait, de même que les autres actions, se donne à la requête de son tuteur ou de son curateur, en sadite qualité de tuteur ou curateur d'un tel.

Si c'est un mineur émancipé, elle se donne à sa requête avec l'assistance de son curateur.

262. Si c'est une femme sous puissance de mari, selon la disposition de quelques coutumes, la demande peut se donner non seulement par le mari et la femme conjointement, mais même par le mari seul, pourvu qu'il la donne en sa qualité de mari d'une telle. Mais dans nos coutumes de Paris et d'Orléans, je ne pense pas que la demande fût bien donnée par le mari seul; il ne peut exercer que les actions mobiliaires et possessoires de sa femme, et non les immobiliaires, telle qu'est celle de retrait.

263. Lorsque le retrait s'exerce pour des enfants qui sont sous la puissance paternelle, la demande se donne par le père, en sa qualité de légitime administrateur des droits et actions de l'enfant pour lequel le retrait s'exerce. Cela a lieu, quand même le père seroit le vendeur de l'héritage dont le retrait s'exerce. Autrefois dans ce cas le père émancipoit son fils, *ad unum actum*, pour l'effet d'exercer le retrait, et il lui faisoit créer un curateur *ad hoc*, par qui la demande étoit donnée. Cette procédure s'observe encore en quelques provinces, comme à la Rochelle, suivant que l'atteste Me Vaslin; mais à Paris et à Orléans

cette procédure n'est plus pratiquée, comme étant inutile, et le père donne lui-même l'action, comme administrateur des droits de son enfant.

264. Lorsque la demande en retrait se donne au nom d'un enfant qui n'est pas encore né, elle se donne par un curateur créé *ad hoc*.

265. Cette action étant une action personnelle, lorsqu'elle est donnée contre l'acheteur (*suprà*, *chap.* 2), le juge naturel devant qui elle doit être donnée, est le juge du lieu du domicile de cet acheteur. Quelques coutumes néanmoins donnent le choix aux lignagers d'assigner, ou devant le juge du domicile de l'acheteur, ou devant le juge du lieu où est situé l'héritage sujet au retrait; mais ces dispositions sont locales, et ne doivent pas être suivies dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. Lalande, sur l'*art.* 367 de la coutume d'Orléans, et les annotateurs de Duplessis, citent plusieurs arrêts qui l'ont jugé. La raison est, que ce n'est que dans les actions réelles que le choix du juge du lieu où est situé l'héritage est accordé au demandeur; l. *Cod. ubi. in rem, etc.* Il ne doit pas avoir ce choix pour l'action de retrait, qui est plus personnelle que réelle, lorsqu'elle est donnée contre l'acheteur. Lorsque l'acheteur a un juge de privilége, il a le droit de se faire renvoyer devant le juge de son privilége.

266. L'exploit de demande doit être fait par un huissier ou sergent qui ait le pouvoir d'exploiter dans le lieu où il est fait.

S'il étoit interdit de ses fonctions, ou parent du demandeur au degré prohibé, la demande seroit nulle. Par arrêt de la cour du 6 septembre 1721, rendu en forme de règlement, et publié dans les siéges du ressort, un exploit de demande en retrait lignager a été déclaré nul, pour avoir été fait par un huissier parent au troisième degré du demandeur.

267. C'est une question si, depuis l'édit du contrôle, qui a dispensé les huissiers et sergents de se faire assister de recors ou témoins dans les exploits de demande, la de-

mande en retrait doit encore être recordée de témoins. M. le Camus, *Observation sur le Traité du retrait*, pense que cela est encore nécessaire, et dit que c'est l'usage. Auzanet et Ferrière, sur Paris, sont d'avis contraire : ils se fondent sur ce que la déclaration de 1671, n'ayant excepté dans la dispense accordée par l'édit du contrôle que les exploits de saisies féodales ou réelles, et les appositions d'affiches, il s'ensuit que les exploits de demande en retrait lignager, ainsi que tous les autres exploits, se trouvent compris dans cette dispense générale.

On convient assez néanmoins que cette assistance de témoins est encore nécessaire dans les coutumes qui la requièrent par une disposition précise, le roi, par l'édit du contrôle, ayant déclaré qu'il dérogeoit à cet égard à l'ordonnance de 1667, qui requéroit cette assistance, et n'ayant pas déclaré de même qu'il entendoit déroger aux coutumes.

Ceux qui pensent que, même dans la coutume de Paris et autres qui ne requièrent pas expressément l'assistance des témoins, cette assistance est encore aujourd'hui nécessaire, se fondent sur ce que l'exploit de demande en retrait n'est pas un simple exploit d'assignation, et qu'il doit contenir un procès-verbal des offres réelles que le retrayant doit faire par cet exploit de rembourser. Or, disent-ils, ces offres doivent être constatées par des témoins. Mais ce raisonnement me paroît mauvais, et être une pétition de principe; car c'est justement ce qui est en question, si un exploit, parcequ'il contient des offres, doit être censé excepté de la dispense portée par l'édit du contrôle, quoiqu'aucune loi ne l'en ait excepté.

Dans notre coutume d'Orléans, où les offres ne sont pas nécessaires pour la validité de la demande en retrait, comme il sera dit ci-après, mais où elles sont seulement utiles, parcequ'elles font acquérir au retrayant, du jour qu'elles sont faites, un droit aux fruits qui seront perçus, il ne peut y avoir aucun prétexte pour soutenir la nullité

d'une demande en retrait, faute d'être recordée de témoins.

268. Cet exploit de demande en retrait, de même que tous les autres exploits, doit être fait de jour, et non de nuit. Brodeau, sur Louet, *art.* 39, rapporte un arrêt du 7 septembre 1602, qui déclare un demandeur en retrait déchu du retrait, parceque l'assignation avoit été donnée au mois de janvier à sept heures du soir, et fait défense de donner aucunes assignations nuitamment et à heures indues, à peine de nullité. Cependant lorsque la demande a été donnée le dernier jour, comme en ce cas on ne peut remettre au lendemain, la nécessité peut la faire déclarer valable, quoique donnée après jour failli. On l'a ainsi jugé; je pense que c'est dans le retrait de la terre de Mercœur, par M. le prince de Conti.

269. On a agité la question, si la demande en retrait lignager pouvoit être valablement donnée un jour de dimanche ou de fête. Je pense qu'elle est valablement donnée, pourvu que le jour auquel elle est donnée fût le dernier jour du terme accordé par la coutume pour le retrait, ou qu'il ne restât plus aucun autre jour non fêté auquel elle pût être donnée. La raison est qu'on peut faire, les jours de dimanches et de fêtes, les actes qui ne peuvent se remettre, et qui sont absolument nécessaires pour la conservation de nos droits et de notre bien. On peut tirer argument de la loi 1, §. 2, et de la loi 3, ff. *de fer.*, où il est dit qu'on peut traduire quelqu'un en justice, *feriato die, cùm res tempore peritura est, aut actionis dies exiturus est.*

Dumoulin, en sa note sur l'*article* 122 de la coutume de Poitou, cite un arrêt qui a déclaré valable un exploit de demande en retrait, donné le jour de la Fête-Dieu : il est aussi rapporté par Louet, *l. R*, *art.* 39. Au reste, je pense qu'on doit supposer, conformément à la restriction que nous avons proposée, que, dans l'espèce de l'arrêt, la demande n'avoit pas pu se remettre à un autre jour, et que

c'est conformément à cette restriction qu'on doit entendre la décision des auteurs qui enseignent que la demande en retrait peut se faire un jour de dimanche et de fête. M. Jousse, sur l'ordonnance de 1667, *tit.* 2, *art.* 10, cite un arrêt du 4 janvier 1719, qui a déclaré nul un exploit de demande en retrait lignager, donné un jour de fête, dans un cas où il restoit encore un mois de temps pour le donner. Néanmoins j'apprends de M. R*** qu'on vient de juger un exploit de demande en retrait, valable, donné un jour de fête, quoiqu'il n'y eût pas de nécessité.

Observez aussi que les huissiers qui donnent des demandes en cas de nécessité les jours de fêtes, ne le doivent faire qu'en vertu d'une permission du juge, suivant un acte de notoriété du châtelet de Paris, du 5 mai 1703, cité par M. Jousse, *ibid.*

Il y a quelques auteurs qui pensent qu'indistinctement tout exploit de demande en matière de retrait lignager, comme en toute autre matière, est nul lorsqu'il est donné un jour de dimanche, même lorsque la chose ne pouvoit pas se remettre, et que ce jour étoit le dernier jour du terme. C'est l'avis d'Henrys, *tit.* 2, *liv.* 4, §. 20, et de Me Vaslin, sur la Rochelle, *pag.* 72. Leur raison est, que le retrayant doit s'imputer d'avoir attendu si tard. La réponse est prompte. On doit présumer que le retrayant n'a pas eu la commodité de donner sa demande plus tôt : il lui a fallu de l'argent; s'il ne l'a pas pu trouver plus tôt, ce qu'on doit présumer, il n'est pas en faute : il doit jouir du terme entier d'an et jour qui lui est accordé par la coutume, pour exercer son droit de retrait. Il n'auroit pas ce terme entier, s'il n'étoit pas admis à donner la demande les derniers jours du terme, lorsque ces jours se trouvent être des jours de fêtes.

Observez que ce n'est qu'aux jours de fêtes fêtées qu'il est défendu de faire des exploits : ceux faits les jours de fêtes de palais, qui ne sont pas fêtées par le peuple, sont valables. Déclaration du 28 avril 1681, citée par M. Jousse, sur l'ordonnance de 1667, *tit.* 2, *art.* 10; arrêt de 1748, en

faveur des religieuses de Sainte-Claire de la Rochelle, cité par Me Vaslin, qui déclare valable un exploit d'exécution fait le jour des Innocents, quoiqu'on offrît rapporter acte de notoriété, que l'usage de la province étoit de regarder comme nuls les exploits faits les jours de fêtes de palais.

270. On a encore agité la question, s'il étoit nécessaire, à peine de nullité, que l'exploit de demande en retrait lignager exprimât précisément le jour auquel le défendeur est assigné à comparoir, sur-tout dans les coutumes, telle que celle de Paris, qui exigent que le jour de l'échéance de l'assignation tombe dans l'an et jour accordé par le retrait. Il y a sur cette question variété d'opinions et d'arrêts.

Je préfère l'opinion de ceux qui pensent que cela n'est pas nécessaire, parceque aucune loi ne le requiert, et que les délais de l'ordonnance étant par eux-mêmes certains, un défendeur assigné à comparoir *dans les délais de l'ordonnance* est suffisamment averti du jour auquel il est assigné. Cette opinion est confirmée par un arrêt de la grand'chambre, du 26 juillet 1745, cité par Lacombe.

271. Ce n'est pas non plus une nullité si le retrayant a assigné un délai trop long ou trop court. Le délai trop long ne fait pas de tort au défendeur qui peut l'anticiper et poursuivre le congé de la demande. Lorsque le délai est trop court, le défendeur auroit plus sujet de se plaindre : mais aucune loi ne prononçant en ce cas la nullité de la demande, il doit suffire au défendeur, qu'il obtienne en ce cas de jouir de tout le délai de l'ordonnance, nonobstant celui exprimé par la demande.

272. L'omission de l'expression du degré de parenté du demandeur avec le vendeur ne rend pas non plus l'exploit nul; *Brodeau, sur Louet, l. R*, 2; *arrêt du* 26 *juillet* 1674, *au Journal du Palais*.

273. Outre les formalités requises par l'ordonnance de 1667, pour la validité de tous les exploits de demande, qui doivent être rigoureusement observées dans les demandes

en retrait, et sur lesquelles nous renvoyons au texte de l'ordonnance, *tit.* 2, les différentes coutumes exigent encore différentes formalités pour la validité des demandes en retrait.

Par exemple, la coutume de Paris, *art.* 140, « veut que « le demandeur en retrait offre *bourse*, *deniers*, *loyaux* « *coûts*, *et à parfaire*, tant par l'exploit d'ajournement qu'à « chacune journée de la cause principale, jusqu'à contes- « tation en cause inclusivement, et même en cause d'appel, « jusqu'à conclusion sur l'appel aussi inclusivement. »

Dans les appellations verbales, le premier réglement qui intervient à l'audience tient lieu de la conclusion dans les appels des sentences en procès par écrit.

Les commentateurs entendent par *journée de la cause*, chaque audience en laquelle la cause est appelée. Le demandeur en retrait, à l'appel de la cause, ou son avocat ou procureur pour lui, doivent se présenter avec une bourse, et y faire lesdites offres, et s'en faire donner acte par le juge. Un sac est compris sous le terme de *bourse*. Quoiqu'il soit d'usage de faire outre cela ces offres par des requêtes, néanmoins je pense qu'il suffit que le retrayant les fasse à l'audience.

La contestation en cause est le premier réglement qui intervient dans la cause après les défenses au principal signifiées par le défendeur; *Ordonnance de* 1667, *tit.* 14, *art.* 13.

L'audience en laquelle se rend ce réglement, est la dernière en laquelle ces offres doivent être faites. Quand la cause a été une fois contestée, il n'est plus nécessaire dans le cours de l'instance principale de réitérer ces offres, lorsque la cause est portée à l'audience.

Un jugement par défaut n'emporte pas contestation, quand le défendeur contre qui il a été rendu s'y oppose dans la huitaine; car il est détruit par l'opposition.

Les commentateurs de la coutume de Paris regardent ces termes *bourse*, *deniers*, *loyaux coûts*, *et à parfaire*, employés dans l'article 140, ci-dessus cité, comme termes

solennels, dont le demandeur en retrait est obligé de se servir, sans pouvoir en omettre un seul, ni en substituer d'autres; *Laurière.*

Quelques coutumes ne requièrent ces offres qu'à la première journée; Meaux, 101; Sens, *tit.* 7, 34.

274. Il y a des coutumes qui demandent la consignation d'une pièce de monnoie. Bordeaux, *cap.* 2, *art.* 17, exige la consignation d'une pièce d'or, avec offre de parfaire. Saintonge, *tit.* 6, *art.* 48, dit *une pièce d'or ou d'argent.* La Marche exige l'offre et consignation de treize pièces de monnoie.

275. Notre coutume d'Orléans ne requiert point ces formalités. Les offres même de rembourser l'acquéreur ne sont nécessaires dans cette coutume que pour obtenir la restitution des fruits du jour qu'elles sont faites, et non pour la validité de la demande. La seule formalité que cette coutume exige, qui soit particulière aux demandes en retrait, c'est qu'elle veut que le demandeur en retrait, par l'exploit de demande, soit tenu de faire une élection de domicile dans le territoire de la justice où le défendeur est demeurant.

Quoique cette formalité n'ait été établie que pour que l'acquéreur ne fût pas obligé d'aller chercher trop loin le retrayant pour la reconnoissance du retrait, et les autres significations qu'il auroit à lui faire; néanmoins, comme l'observation des formalités est de rigueur, sur-tout dans les matières de rigueur, telle qu'est celle du retrait, il a été jugé qu'une demande en retrait par laquelle l'élection de domicile avoit été faite dans une maison située hors de la justice de l'ajourné, étoit nulle, quoique cette maison fût vis-à-vis la sienne.

Lorsque le lignager a assigné d'abord l'acheteur, et fait élection de domicile dans la justice de l'acheteur, et que sur l'indication de l'acheteur qui a aliéné l'héritage, il assigne le tiers détenteur, il doit faire une nouvelle élection de domicile dans le territoire de la justice de ce tiers détenteur.

276. Les formalités du retrait étant différentes, selon les différentes coutumes, c'est la coutume du lieu où l'héritage sujet à retrait est situé, qui doit régler les formalités qui doivent être observées; car comme c'est cette coutume, à l'empire de laquelle l'héritage est soumis, qui le rend sujet au retrait. et qui en accorde le droit aux lignagers, les lignagers, qui tiennent leur droit de cette coutume, ne peuvent l'exercer que sous les conditions sous lesquelles cette coutume le leur défère, et en observant les formalités qu'elle leur prescrit. *Voyez les arrêts cités par les annotateurs de Duplessis*, *chap.* 1.

277. Quoique dans les autres matières l'inobservation de quelque formalité emporte seulement la nullité de la demande et la déchéance de l'instance, et non la déchéance du droit du demandeur, qu'il peut de nouveau poursuivre par une nouvelle demande, pourvu qu'il soit encore dans le temps de la donner; au contraire, dans la matière du retrait lignager, l'inobservation de quelque formalité emporte non seulement la nullité de la demande, mais la déchéance du droit du demandeur, qu'il n'est plus admis à poursuivre par une nouvelle demande; et il n'importe à cet égard que la formalité qu'on a manqué d'observer, soit de celles qui sont communes pour tous les exploits de demande, et qui sont requises par les ordonnances, ou qu'elle soit de celles qui sont particulières au retrait lignager, et qui sont requises par les coutumes, soit à l'égard de l'exploit de demande, soit à l'égard de la suite de la procédure de la demande en retrait. Loysel en a fait une maxime: *Congé de cour entre le retrait emporte gain de cause.* Elle est tirée de l'article 134 de la coutûme de Laon, et l'usage en est constant par-tout.

278. De là naît une autre différence; savoir, que dans les autres matières les défauts de formalité ne touchant pas au fond, doivent s'opposer *à limine litis*, et se couvrent par la contestation en cause. Au contraire, dans la matière du retrait, les défauts de formalité étant des défauts qui touchent au fond, en faisant déchoir de son droit le de-

mandeur en retrait qui ne les a pas observées, ces défauts peuvent, de même que toutes les exceptions péremptoires, être opposés jusqu'à la sentence définitive, et même sur l'appel.

279. Le retrayant déchu de son droit par un défaut de formalité dans son exploit de demande ou dans la procédure, a-t-il une action *ex conducto* contre le procureur ou l'huissier *cujus operas conduxit*, pour réparation de la perte de son droit, qu'il souffre par son impéritie? Selon les vrais principes, les huissiers et les procureurs devroient en ce cas être tenus du tort qu'ils ont causé à la partie par leur impéritie; car toute personne qui fait profession publique d'un état, est responsable du tort qu'il fait dans l'exercice de son état par son impéritie: *Imperitia culpæ annumeratur*; l. 132, ff. *de reb. jud.*; l. 7, §. 8, *et passim*. ff. *ad l. aqu. Voyez le Traité des obligations*, *n.* 163. Néanmoins on n'observe pas toujours rigoureusement ces principes. Montholon, *chapitre* 61, rapporte un arrêt qui déchargea en pareil cas un procureur des dommages et intérêts contre lui prétendus pour la nullité d'une demande en retrait, et fit néanmoins injonction aux procureurs d'être plus exacts à l'avenir, à peine d'être tenus des dommages et intérêts de leurs parties. Me Vaslin, sur la Rochelle, fait une distinction à l'égard des huissiers: il dit, « que l'huissier est « garant de l'inobservation des formalités prescrites par « l'ordonnance, mais non de celles prescrites par la cou- « tume. » Je ne vois pas pourquoi un huissier seroit plutôt dispensé de savoir les dispositions de sa coutume, qui concernent son état, que celles de l'ordonnance. En un cas je le crois excusable; c'est lorsque la formalité que l'huissier n'a pas observée étoit requise par la coutume du lieu où l'héritage est situé, et que l'huissier étoit d'une juridiction hors de cette coutume. Comme lorsqu'un huissier de Paris, qui a assigné quelqu'un à Paris sur une demande en retrait pour un héritage sis à Orléans, a omis dans son exploit l'élection de domicile prescrite par l'article 367 de la coutume d'Orléans, l'huissier ne doit pas

être garant de cette nullité : on ne doit pas exiger d'un huissier qu'il sache toutes les coutumes du royaume : le retrayant doit s'imputer en ce cas de ne lui avoir pas donné un modèle. Mais si c'étoit un huissier d'Orléans qui eût assigné, je ne vois pas pourquoi il seroit moins tenu du défaut de cette formalité, que d'un défaut de formalité d'ordonnance.

CHAPITRE IX.

Des obligations du retrayant.

280. Le principe général sur les obligations du retrayant, est qu'il doit rendre l'acquéreur indemne, aussi parfaitement qu'il lui est possible de le rendre indemne.

Cette obligation renferme, 1° celle de rembourser l'acheteur du prix qu'il a payé pour son acquisition, et de l'acquitter de ce qui en reste dû ; 2° celle de l'indemniser des charges appréciables à prix d'argent, qui font partie du prix de l'acquisition, et qu'il a acquittées, ou qu'il est tenu d'acquitter ; 3° celle de l'indemniser des loyaux coûts de l'acquisition ; 4° celle de l'indemniser des impenses nécessaires qu'il a faites sur l'héritage.

Nous traiterons dans quatre articles de ces différentes indemnités. Nous verrons dans un cinquième, ce qui doit être remboursé lorsque le retrait s'exerce sur un tiers. Nous verrons dans un sixième, dans quel temps le retrayant est obligé de satisfaire à ces obligations. Dans un septième, nous parlerons des offres et de la consignation qu'il doit faire en cas de refus.

ARTICLE PREMIER.

Du prix.

281. Le retrayant doit rendre à l'acheteur le prix qu'il a

payé pour son acquisition, et le faire décharger de ce qui en reste dû.

§. I. Quel est ce prix.

282. Ce prix est celui qui est porté au contrat. Néanmoins si le retrayant soutenoit qu'en fraude du retrait, on a exprimé un prix plus fort que celui qui a été convenu, et qu'il offrît d'en faire la preuve, il devroit être reçu à la faire, même par témoins; et s'il la faisoit, il ne seroit obligé à rembourser que le prix qui a été, dans la vérité, convenu entre les parties.

Le retrayant, pour être admis à cette preuve, n'a pas besoin de s'inscrire en faux; car en soutenant qu'on a exprimé par le contrat un prix plus fort que celui qui est convenu, il ne soutient pas que le contrat est faux, mais seulement qu'il contient une fraude et un mensonge. C'est ce qu'enseigne Dumoulin, sur la coutume de Nevers, *chap.* 31, *art.* 3 : *Nec tenebitur instrumentum arguere de falso, quia aliud merum falsum, aliud fraus, aliud simulatio.*

Il peut faire entendre en déposition le vendeur sur ce fait; *Grimaudet*, v, 9.

Le retrayant peut aussi, à défaut de preuve, déférer à l'acquéreur le serment sur la sincérité du prix porté au contrat.

Quelques coutumes punissent cette fraude des acquéreurs; *Voyez suprà*, *n.* 14.

283. Lorsque la vente qui a donné ouverture au retrait est constante, et qu'on ignore le prix pour lequel l'héritage a été vendu, on doit rendre le prix, suivant que les experts diront que l'héritage valoit au temps du contrat, comme dans l'espèce suivante.

Finge. La minute du contrat a été incendiée, on n'en a délivré aucune expédition. Le vendeur et l'acheteur sont morts. Un lignager a donné la demande en retrait contre l'héritier de l'acheteur: sur cette demande, en conséquence de l'incendie des minutes, on a admis le lignager à la preuve

testimoniale de la vente qui a donné ouverture au retrait. Le notaire et les témoins entendus, ont déposé qu'ils se souviennent que le contrat de vente a été passé vers un tel temps, mais qu'ils ne se souviennent pas pour quel prix. Il faut bien, en ce cas, avoir recours au dire d'experts; et ce défaut de connoissance du prix ne doit pas exclure les lignagers. C'est l'avis de Grimaudet, v, 7.

284. Si c'étoit sur l'acheteur que le retrait s'exerçât, et qu'il déclarât le prix pour lequel il a acheté l'héritage, je pense que le juge devroit s'en rapporter à cette déclaration de l'acheteur, en prenant son serment. Si néanmoins le lignager soutenoit que ce prix prétendu n'est pas vraisemblable, je pense qu'il faudroit avoir recours à des experts pour dire s'il est vraisemblable: au cas qu'il ne le fût pas, on n'aura pas d'égard à la déclaration de l'acheteur, et le prix devra être restitué, suivant le dire desdits experts.

285. On ne doit pas non plus s'en rapporter à la déclaration de l'acquéreur, mais il faut avoir recours au dire d'experts, lorsque l'acheteur a été trouvé en mauvaise foi; *putà*, s'il avoit commencé par dénier l'achat qu'il avoit fait, lequel a été justifié depuis.

286. Lorsqu'on n'a d'autre preuve de la vente qui a donné ouverture au retrait, que la déclaration de l'acheteur, il n'est pas douteux en ce cas qu'on la doit prendre en entier, et qu'elle fait foi du prix pour lequel il confesse avoir acheté l'héritage.

287. Lorsqu'outre le prix porté au contrat, l'acquéreur depuis a payé ou s'est obligé de payer au vendeur un supplément de prix, on demande si le retrayant est obligé de lui rembourser ce supplément, ou de l'en indemniser, s'il le doit encore au vendeur. Il n'est pas douteux que l'acheteur en doit être remboursé, lorsqu'il a payé ce supplément en vertu d'une sentence qui, sur une action rescisoire donnée contre lui par le vendeur pour cause de lésion d'outre moitié du juste prix, l'a condamné à délaisser l'héritage, si mieux il n'aimoit payer ce supplément.

Il est aussi sans difficulté que l'acheteur doit être remboursé du supplément de prix qu'il a payé, lorsqu'il paroît qu'il l'a payé pour empêcher cette action, ou quelque autre action rescisoire, ou de réméré, ou quelque autre que le vendeur avoit droit de donner contre lui.

Plusieurs coutumes en ont des dispositions. Anjou, *art.* 364, dit: « Le prix de la grace (de réméré) achetée « par l'acquéreur, se mettra en abondance avec le princi« pal en connoissance de retrait, etc. »; et *art.* 365: « Et à « semblables, le supplément fait par l'acquéreur par au« torité de justice et sans fraude avant l'ajournement, etc. » Maine, 374 et 375, dit la même chose en mêmes termes. Bourbonnois, *art.* 431, dit pareillement: « Supplément du « juste prix, achat du droit de réméré, et frais qui en dé« pendent, faits sans fraude par l'acquéreur avant l'ajour« nement, etc., se comptent avec le sort principal. » Nivernois, *chap.* 31, *art.* 12, dit la même chose.

288. Que doit-on décider dans le cas auquel l'acheteur croyant avoir acheté à trop vil prix, non pas néanmoins au-dessous de la moitié du juste prix, a, par pure délicatesse de conscience, avant qu'il eût été donné aucune demande en retrait, payé ce supplément au vendeur? Dumoulin, *in Cons. Par.* §. 20, *gl.* 8, *n.* 1, semble décider que le retrayant doit rendre le prix avec le supplément; car il dit: *Illud, et non primum, est verum pretium conventum, quasi reformatâ priore venditione.* Cette décision doit avoir lieu lorsque le supplément du prix a été payé ou convenu avant la tradition réelle de l'héritage vendu, parce que la vente ne subsistant en ce cas que par le seul consentement des parties, elle peut facilement être détruite et fondue en une autre par un autre consentement; *Voyez notre Traité du contrat de vente*, *n.* 327 et 328. Mais si ce n'est que depuis la tradition réelle faite en exécution de la vente, qu'il a plu à l'acheteur de payer ce supplément de prix, il faut décider le contraire: car la vente ayant été exécutée par la tradition réelle, ne peut être détruite, les conditions n'en peuvent être changées au préjudice du droit

de retrait acquis irrévocablement à la famille du vendeur: il paroît même que c'est le sens de Dumoulin, qui, au lieu cité, veut, pour qu'on ait égard à l'augmentation du prix, que *non fuerit consummata et executa venditio.*

Les textes des coutumes ci-dessus rapportés, qui disent indistinctement qu'on doit tenir compte à l'acquéreur du supplément du juste prix qu'il a donné au vendeur sans fraude avant l'ajournement, ne doivent s'entendre que de celui qu'il a donné pour se rédimer de quelque action que le vendeur conservoit contre lui, et non de celui qu'il a donné volontairement; *Grimaudet*, VII, 6.

289. Lorsqu'un acheteur a fait un décret sur lui, qui est devenu forcé, et sur lequel il a été obligé de se rendre adjudicataire pour un prix plus fort, ce n'est pas seulement le prix porté au contrat de vente que le retrayant doit rembourser, comme l'a avancé Lhommeau, III, 208, en quoi il a été justement repris par son commentateur Challine; c'est celui du décret qu'il doit rembourser: car ce n'est pas en ce cas le contrat de vente, puisqu'il est devenu inefficace par les enchères portées au-dessus du prix, mais c'est le décret qui donne ouverture au retrait. C'est pourquoi, dans les coutumes telles que la nôtre, qui disent qu'héritage vendu par décret n'est sujet à retrait, il n'y auroit pas lieu en ce cas au retrait.

290. Lorsqu'une maison qui a été vendue, a été depuis brûlée sans le fait ni la faute de l'acheteur, ou lorsqu'une partie des héritages compris dans un même marché est périe; *putà*, si la rivière en a emporté une partie; le lignager qui retire ce qui en reste, est-il obligé de rendre tout le prix du marché? Tiraqueau, *ad finem tit. n.* 76, décide qu'il ne doit rendre le prix qu'à proportion de ce qui reste. Tous les exemples qu'il rapporte pour autoriser sa décision n'ont aucun rapport au retrait. On peut dire pour son sentiment, que le lignager n'exerçant pas le retrait de ce qui n'existe plus, n'en doit pas rendre le prix; que la perte étant arrivée pendant que l'acheteur étoit propriétaire, l'acheteur la doit supporter, suivant la régle,

Res perit domino. Ferronius décide au contraire que dans ce cas le lignager ne laisse pas d'être obligé de rendre tout le prix du marché. La raison est, que n'y ayant qu'un seul marché auquel le lignager est subrogé par le retrait, le lignager doit se charger de toutes les pertes survenues dans les choses comprises au marché, puisqu'il prend pour lui le marché. En cela on ne lui fait aucune injustice, puisqu'il ne tient qu'à lui de ne pas se charger de ce marché, en n'exerçant pas le retrait. Au contraire ce seroit une injustice manifeste que le lignager ne prît le marché de l'acquéreur que pour les choses qui restent de ce marché, et qu'il laissât le marché à l'acheteur pour ce qui est péri : l'acheteur sur qui on exerce le retrait cesse d'être l'acheteur, et doit par conséquent être remboursé de tout ce que son achat lui a coûté, par le retrayant, qui devient acheteur à sa place. Quant à ce qu'on propose, que *Res perit domino*, la réponse est, que lorsque le propriétaire de la chose qui est périe en étoit débiteur envers quelqu'un, la perte tombe sur celui à qui elle étoit due, suivant cette autre régle, *Res perit creditori*: la perte en doit donc tomber sur le lignager retrayant, auquel, en cas de retrait, la restitution de cette chose est due. Cette décision de Ferronius est la plus juridique, et doit être suivie.

291. *Vice versâ*, si l'héritage, depuis le contrat de vente, et avant la demande en retrait, étoit augmenté, *putà*, par des alluvions, le retrayant doit profiter de ce bénéfice, et cette augmentation de l'héritage ne doit causer aucune augmentation dans le prix du marché qu'il doit rendre ; car le retrayant, en prenant le marché pour son compte, en doit avoir tous les bénéfices, de même qu'il en supporte tous les risques.

292. Observez que, lorsque le prix porté au contrat renferme, outre celui de l'héritage, celui des fruits pendants, ou de quelques jouissances, l'acquéreur qui en a profité en doit faire déduction, comme nous le verrons au *chap.* 10.

293. Il reste à observer que l'acquéreur doit être remboursé du prix, non seulement lorsqu'il l'a réellement payé, mais lorsqu'il s'en est acquitté par quelque espèce de paiement fictif que ce soit, *putà*, par la compensation qu'il en auroit faite avec quelque somme dont le vendeur lui étoit débiteur d'ailleurs.

Mais si la somme dont il a été fait compensation avec une partie du prix, étoit due par le vendeur à l'acheteur en vertu du même contrat de vente; *putà*, si le vendeur se trouvant débiteur des dommages et intérêts pour raison de quelque charge de l'héritage non déclarée par le contrat, les dommages et intérêts eussent été compensés avec une partie du prix, il est évident que le retrayant ne seroit pas tenu de faire raison à l'acheteur de cette partie du prix; car le retrayant étant subrogé à tous les droits résultants de l'achat, c'est au retrayant que sont dus ces dommages et intérêts auxquels cette partie du prix a été compensée.

294. Suivant le même principe, si depuis le contrat de vente l'acheteur s'est acquitté du prix ou d'une partie par une novation, en contractant une autre dette à la place, soit envers le vendeur, soit envers une autre personne de l'ordre du vendeur, il n'est pas douteux que le retrayant doit rembourser à l'acheteur le prix ou la partie du prix dont il s'est acquitté par cette novation, de même que s'il l'eût payée réellement; mais il n'est pas tenu de l'acquitter de la nouvelle dette.

Cependant si cette novation s'étoit faite par le contrat même de la vente, ou depuis, mais par une transaction entre le vendeur et l'acheteur sur l'exécution de ce contrat, contre lequel le vendeur vouloit se pourvoir, la novation faisant en ce cas partie des conditions du marché auquel le retrayant est subrogé, le retrayant ne doit pas en ce cas rendre le prix dont il s'est fait novation, mais il doit acquitter ou décharger l'acquéreur de la nouvelle obligation.

295. Suivant le même principe, si l'acheteur a été libéré

du prix par la confusion, ayant succédé, soit à titre universel, soit à titre singulier, au vendeur à la créance de ce prix, il n'est pas douteux qu'il en doit être remboursé par le retrayant, comme s'il l'eût réellement payé.

296. Pareillement, si le vendeur, pour gratifier l'acheteur, lui a fait remise d'une partie du prix, l'acheteur doit en être remboursé par le retrayant, comme s'il l'eût réellement payé; mais si le vendeur avoit déclaré par l'acte de remise, qu'il le faisoit par délicatesse de conscience, et parcequ'il croyoit avoir vendu trop cher, le retrayant, comme devenu aux droits de l'acheteur, devroit profiter de la remise, et ne seroit pas tenu de rembourser à l'acheteur la somme remise.

Observez aussi que pour que l'acquéreur puisse prétendre le remboursement de la partie du prix qui lui a été remise, il faut qu'il ne paroisse pas que cette partie du prix dont on lui a fait remise, n'étoit qu'un prix simulé, ajouté en fraude de retrait. C'est ce qui paroît lorsque l'acheteur est une personne qui n'a avec le vendeur aucune liaison de sang ou d'amitié, qui ait pu porter le vendeur à cette remise, et que d'ailleurs le prix, sans la partie dont il est dit qu'on a fait remise, est la juste valeur de l'héritage.

Lorsqu'il n'y a pas une preuve suffisante de la simulation du prix, on peut déférer le serment à l'acheteur.

§. II. De la décharge du prix qui est encore dû.

297. Le retrayant, pour indemniser l'acquéreur, doit lui procurer la décharge du prix qu'il n'a pas payé, et qu'il doit encore.

Le retrayant peut procurer à l'acquéreur cette décharge, ou en payant à l'acquéreur la somme qu'il doit, ou en la payant au vendeur, et en remettant la quittance à l'acquéreur, ou en rapportant à l'acquéreur un acte par lequel le vendeur le décharge.

298. Il est souvent de l'intérêt du retrayant de payer au vendeur plutôt qu'à l'acquéreur; car lorsque l'acquéreur

n'est pas bien solvable, le retrayant, en payant à l'acquéreur, court le risque que cet acquéreur retienne l'argent et ne paie pas le vendeur, aux hypothèques duquel l'héritage retiré demeure sujet pour ce prix, que le retrayant seroit tenu de payer une seconde fois au vendeur, sauf son recours contre l'acheteur à qui il l'auroit payé.

Le retrayant a donc intérêt de payer entre les mains du vendeur, pour éviter de courir ce risque; et quoiqu'il ne soit pas débiteur du vendeur, il peut obliger le vendeur à recevoir de lui le prix qui lui est dû par l'acheteur : il peut à cet effet lui faire sommation, et, sur son refus, consigner. Le retrayant, en ce cas, remettra à l'acheteur la sommation et la quittance de consignation, qui doit tenir lieu à l'acheteur de la quittance du vendeur, si ce vendeur eût voulu recevoir : le retrayant doit de plus faire, à ses risques, déclarer contre le vendeur les offres et la consignations valables, et remettre à l'acquéreur copie du jugement.

299. Si le vendeur veut bien recevoir le retrayant pour débiteur, et décharger l'acheteur, le retrayant, en remettant à l'acheteur cette décharge, satisfait à cet égard à l'obligation du retrait, de même que s'il eût payé.

300. Si le prix n'étoit pas encore exigible, soit pour le total, soit pour partie, lors du retrait, le retrayant pourroit-il obliger le vendeur à l'accepter pour débiteur de ce prix et de toutes les obligations portées au contrat de vente, et en décharger l'acheteur, en donnant par le retrayant audit vendeur bonne et suffisante caution? On peut apporter des raisons assez plausibles en apparence pour l'affirmative. Le droit de retrait étant le droit qu'a le lignager de prendre le marché de l'acheteur étranger, et d'être subrogé à l'achat qu'il a fait, tous les droits résultants de cet achat sont transférés de la personne de l'acheteur étranger, en celle du retrayant : il paroît s'ensuivre que les obligations résultantes de cet achat doivent pareillement passer de sa personne en celle du retrayant, et que cet acheteur étranger en doit être déchargé. Il est vrai

que cette translation des droits et des obligations de l'acheteur en la personne du retrayant ne doit pas préjudicier au vendeur. Mais au moyen de la caution qui lui sera donnée, elle ne lui causera aucun préjudice, étant indifférent au vendeur qui il ait pour débiteur, pourvu qu'il ait une sûreté entière, qui lui est procurée par une bonne caution que lui donnera le retrayant. C'est l'avis de Grimaudet, VII, 10, qui va même jusqu'à dire qu'on ne doit pas toujours obliger pour cela le retrayant à donner caution, et que cela doit être laissé à l'arbitrage du juge.

Nonobstant ces raisons, Dumoulin, *in Cons. Par.* §. 20, *gl.* 8, *n.* 8, décide que le vendeur n'est pas obligé, quelque caution qu'on lui offre, d'accepter le retrayant pour débiteur à la place de l'acheteur. La raison est que le retrait est une affaire qui ne se passe qu'entre le retrayant et l'acheteur sur qui le retrait s'exerce, et qui ne concerne pas le vendeur. Le vendeur n'étant pas garant du retrait, l'acheteur étant censé s'être chargé d'en courir le risque, le retrait ne peut donner à l'acheteur sur qui il est exercé, aucune action contre le vendeur pour l'obliger à le décharger de son obligation : le vendeur se trouve donc dans la régle générale qui ne permet pas qu'un créancier puisse être obligé malgré lui à changer de débiteur, quelque caution qu'on lui offre. Plusieurs coutumes ont des dispositions conformes à cette décision de Dumoulin; Melun, *art.* 155; Auxerre, *art.* 175; Sens, *art.* 53, *etc.*

301. De là naît une autre question, qui est de savoir si le vendeur ne voulant pas décharger l'acheteur sur qui le retrait est exercé, de ses obligations, le retrayant peut jouir des termes accordés par le contrat pour le paiement du prix, en offrant bonne et suffisante caution à l'acheteur, de payer aussitôt l'échéance du terme, et de lui rapporter quittance ou décharge. Dumoulin, *d. gl. n.* 5, décide pour l'affirmative. Sa raison est, que le retrayant étant par le retrait subrogé au marché qu'a fait l'acheteur, il doit jouir de tous les avantages qui en font partie, et par conséquent du terme accordé par le marché : s'il n'en jouissoit pas,

et qu'il fût obligé de payer comptant ce que l'acheteur ne s'est obligé de payer qu'au bout d'un certain terme, il acheteroit plus cher que l'acheteur; car le plus s'estime *non solùm quantitate, sed et tempore;* ce qui paroît être contre la nature du retrait, qui n'étant qu'une subrogation au marché de l'acheteur, doit se faire au même prix et aux mêmes conditions. L'acheteur ne peut se plaindre de ce qu'il demeurera obligé pendant le temps que durera le terme, puisqu'il est pourvu à son indemnité par une bonne et suffisante caution qu'on lui donne. Ce sentiment a été embrassé par quelques coutumes; Sens, Melun, Auxerre, aux articles ci-dessus cités.

Au contraire, la coutume de Troyes, *art.* 161, et celle de Reims, *art.* 225, ne permettent pas que le retrayant jouisse en ce cas du terme en donnant caution, et elles l'obligent à rapporter à l'acheteur, dans les vingt-quatre heures, quittance ou décharge du prix qui reste à payer, quoique le terme du paiement ne soit pas échu. La raison sur laquelle elles se fondent, est que le retrayant doit indemniser l'acquéreur aussi parfaitement qu'il peut le faire. Or la caution qu'on lui donne ne le décharge pas de son obligation, et n'empêche pas qu'il ne coure le risque d'être exposé à des contraintes pour le paiement du prix, sauf son recours; il est donc évident qu'elle ne l'indemnise pas aussi parfaitement que le paiement ou la décharge de son obligation.

Il paroît que c'est aussi l'esprit des coutumes de Paris et d'Orléans. On peut tirer argument des *art.* 137 de Paris, et 390 d'Orléans, par lesquels ces coutumes obligent le retrayant sur un bail à rente rachetable, à rembourser la rente dans les vingt-quatre heures, et ne permettent pas par conséquent au retrayant de jouir de la faculté qu'auroit eue le preneur sur qui le retrait est exercé, de retenir le prix en payant la rente.

Observez en passant, qu'il faut supposer dans l'espèce de ces articles, que par le bail il y avoit quelque clause de

fournir et faire valoir la rente, ou autre semblable, en vertu de laquelle le preneur seroit demeuré obligé à la rente, nonobstant le retrait exercé sur lui; car si le bail étoit un simple bail à rente, le preneur étant déchargé de plein droit de la rente pour l'avenir, en cessant de posséder l'héritage, il n'auroit aucun intérêt au rachat de la rente, et il n'y auroit par conséquent aucune raison d'obliger le retrayant à ce rachat.

Ces dispositions des coutumes de Paris et d'Orléans ayant été ajoutées lors de la réformation, et formées apparemment sur la jurisprudence qui avoit lieu alors, il y a lieu de penser qu'elles doivent avoir lieu dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

302. Lorsque le terme du paiement a été accordé en faveur du vendeur, étant porté par le contrat que le prix ne pourroit être payé qu'au bout d'un certain temps; en ce cas, n'étant pas au pouvoir du retrayant de payer le vendeur, qui ne veut pas recevoir avant le terme porté par le contrat, l'acheteur sur qui le retrait est exercé doit se contenter de la caution que le retrayant lui donne de payer à sa décharge, lors de l'échéance du terme; car la caution étant la seule espèce d'indemnité qu'il soit possible de donner, l'acheteur doit s'en contenter, personne ne pouvant être tenu à l'impossible.

303. Il en est de même lorsque la vente a été faite à la charge de la prestation de quelque rente qui ne peut être remboursée; le retrayant ne peut être obligé à autre chose qu'à donner caution de l'acquitter à la charge de l'acheteur.

ARTICLE II.

Des charges imposées à l'acheteur par le contrat de vente.

304. Les charges appréciables à prix d'argent qui sont imposées à l'acheteur par le contrat de vente, font partie du prix. C'est pourquoi lorsqu'elles ont été acquittées par l'acheteur sur qui le retrait est exercé, le retrayant doit

rembourser l'acheteur de la somme à laquelle elles seront estimées, de même qu'il le doit rembourser du prix principal de l'acquisition.

Il y a seulement cette différence, que le prix principal étant une somme d'argent certaine et liquide, le remboursement en doit être fait dans le temps fatal accordé par la coutume pour l'exécution du retrait; au lieu que le prix de ces charges n'étant pas liquide, il n'y a point de temps fatal pour le restituer; il doit seulement l'être après que l'estimation en aura été faite.

Cette estimation doit être faite aux dépens du retrayant, par des estimateurs, dont l'un doit être choisi par le retrayant, et l'autre par l'acheteur; et si les estimateurs ne s'accordent pas, l'estimation se fait par un tiers, qui est en ce cas nommé d'office par le juge.

305. Lorsque les charges n'étoient pas encore acquittées lors du retrait, suivant le principe que nous avons établi en l'article précédent, l'acheteur n'en demeure pas, par le retrait, déchargé envers le vendeur. Par exemple, si vous avez détaché de vos terres une petite métairie que vous avez vendue à un arpenteur pour la somme de mille écus, et en outre à la charge qu'il feroit l'arpentage et leveroit le plan de toutes vos terres; quoiqu'on ait exercé le retrait sur lui peu après son acquisition, et avant qu'il ait commencé ce travail, il ne demeure pas moins obligé envers vous à le faire. C'est pourquoi le retrayant doit l'indemniser de cette charge à laquelle il s'est obligé, et lui payer le prix qu'on estimera que valent ce plan et cet arpentage qu'il s'est obligé de faire.

Au reste, je pense que le retrayant n'est pas obligé à payer d'avance à l'acheteur sur qui il a exercé le retrait, le prix de ce plan et de cet arpentage, mais seulement à lui donner bonne et suffisante caution de le lui payer après que l'ouvrage aura été fait, et reçu par le vendeur; autrement le retrayant courroit risque de payer deux fois, au cas que l'acheteur, après avoir reçu de lui le prix de cet ouvrage qu'il s'est chargé de faire, ne fît pas l'ouvrage comme il faut, ou ne le fît point du tout, et qu'il fût in-

solvable; car l'héritage retiré est hypothéqué aux dommages et intérêts du vendeur résultants de l'inexécution de cette charge du contrat. D'ailleurs on ne fait aucun tort à l'acheteur arpenteur en différant le paiement du prix de son ouvrage après qu'il aura été fini et reçu, ces ouvrages ne se payant pas ordinairement plus tôt.

306. Cette décision doit sur-tout avoir lieu lorsque la charge imposée à l'acheteur sur qui on a exercé le retrait, est une charge qui ne consiste que dans le travail personnel de l'acheteur à qui elle a été imposée, et qui ne demande que peu ou point d'avances pour être acquittée. Il ne faudroit pas toujours décider la même chose lorsque la charge exige des avances. Par exemple, si j'ai vendu un héritage à un entrepreneur pour une certaine somme, et à la charge qu'il me construiroit à ses frais en un tel lieu un bâtiment, suivant le devis fait entre nous; je ne crois pas qu'on doive renvoyer cet acheteur entrepreneur à recevoir le prix du bâtiment qu'il s'est obligé de faire, après qu'il l'aura fini : je pense qu'il doit être admis à demander que le retrayant lui en avance le prix, aux offres que feroit cet entrepreneur de donner bonne et suffisante caution de le faire; et que dans le cas auquel il n'auroit pas de caution à donner, il devroit être admis à demander au retrayant partie du prix de son ouvrage, à mesure qu'il seroit avancé.

307. Lorsque les charges imposées par le contrat à l'acheteur ne sont pas appréciables à prix d'argent, comme si un curé a vendu une maison à un ecclésiastique pour une certaine somme, et à la charge qu'il feroit les catéchismes dans sa paroisse trois fois la semaine, depuis la Toussaint jusqu'à Pâques, et qu'il ne fût pas d'usage dans cette paroisse qu'il y eût un catéchiste, à qui le curé donnât un certain honoraire; l'acheteur en ce cas, quoiqu'il ait acquitté cette charge, ne peut, en cas de retrait, prétendre rien à cet égard du retrayant : car quelle somme pourroit-il prétendre, puisque ce qu'il a fait n'est appréciable à aucune somme?

308. Lorsqu'on est convenu par le contrat de vente que

l'acheteur prêteroit une certaine somme au vendeur, qui la lui rendroit dans un certain temps, lequel prêt a été fait effectivement; Grimaudet, VII, 7, pense que le retrayant doit indemniser l'acheteur de ce prêt, qui est une charge du contrat de vente, en lui rendant la somme prêtée, et qu'il ne suffiroit pas de lui faire raison des intérêts de cette somme, jusqu'au temps qu'il aura droit de la répéter du vendeur à qui il l'a prêtée.

Il faut néanmoins prendre garde si cette clause n'a pas été apposée en fraude du droit de retrait, pour le rendre impossible au retrayant qui n'auroit pas le moyen de trouver une somme considérable qu'on n'a prêtée que pour cet effet au vendeur, ce qui doit s'estimer par les circonstances.

ARTICLE III.

Du remboursement des loyaux coûts.

309. Le retrayant doit indemniser l'acquéreur, non seulement du prix et de ce qui en fait partie, comme nous l'avons vu dans les articles précédents; il doit l'indemniser généralement de tous les loyaux coûts de l'acquisition, c'est-à-dire, de tout ce qu'il a été obligé de débourser pour les frais de l'acquisition.

On ne doit pas néanmoins confondre les *coûts* de l'acquisition avec ce qu'il en a coûté à l'acquéreur à l'occasion de l'acquisition, plutôt que pour l'acquisition. On n'appelle *coûts* de l'acquisition, que ceux dont l'acquisition a été la cause prochaine et immédiate, et qui ont été faits pour y parvenir, et non ceux dont elle n'a été que l'occasion. Par exemple, si dans le voyage que j'ai fait pour aller visiter l'héritage dont on a exercé le retrait sur moi, j'ai été volé en chemin, je ne puis prétendre que le remboursement des frais ordinaires de voyage, qui sont frais de l'acquisitiou; mais je ne puis exiger aucune indemnité pour le vol qui m'a été fait, car cette perte a été occasionée par l'acquisition, mais elle ne l'a pas pour cause: *Hæc magìs casibus quàm*

negotio emptionis imputanda sunt. C'est sur le même principe qu'il est décidé en droit, qu'un mandataire qui doit être indemnisé de tout ce qu'il lui en a coûté pour l'exécution du mandat, ne doit pas néanmoins l'être de ce qu'il lui en a coûté seulement à l'occasion du mandat : *Non omnia quæ impensurus non fuit, imputabit, veluti quòd spoliatus sit à latronibus.... nam hæc magìs casibus quàm mandato imputari oportet;* l. 26, §. 6, ff. *Mand.;* Tiraqueau, ff. 29, *gl.* 4, *n.* 15.

310. Dans les coutumes où le plus prochain lignager est préféré, si l'acheteur avoit donné une somme au plus prochain pour le faire renoncer au retrait, devroit-il être remboursé de cette somme par le lignager plus éloigné qui exerce le retrait? Boer et Chassanée décident pour l'affirmative, parceque le lignager plus éloigné qui auroit été exclus sans cela, profite de cette dépense. L'opinion pour la négative, que suit Tiraqueau, ff. 29, *gl.* 4, *n.* 14, paroît meilleure : car cette impense n'est pas faite pour l'acquisition; on ne peut pas même assurer que le plus prochain eût sans cela retiré; il a pu faire semblant de le vouloir, pour tirer cette somme.

311. Le retrayant n'est pas même obligé de rembourser à l'acquéreur indistinctement tout ce qu'il lui en a coûté pour l'acquisition, mais seulement tout ce qu'il a dû lui en coûter; c'est ce que signifient ces termes de *loyaux coûts.* S'il a fait des dépenses inutiles qu'il eût pu se passer de faire, il n'en peut pas prétendre le remboursement.

312. Ces *loyaux coûts* sont, 1° ce que l'acheteur a donné à la femme, aux enfants ou aux domestiques du vendeur, ou autres personnes, pour pots-de-vin, épingles, ou sous quelque autre dénomination que ce soit, pourvu qu'il paroisse par le contrat que cela a fait partie des conditions du contrat.

Mais si l'acheteur, par pure libéralité, et sans que cela eût été stipulé par le contrat, avoit fait ces présents, il ne pourroit en prétendre le remboursement; car ce ne sont

pas en ce cas des *loyaux coûts*, suivant la définition que nous en avons donnée, puisqu'il pouvoit se dispenser de les faire.

Je pense même que lorsque ces pots-de-vin et épingles ne sont pas stipulés par le contrat de vente, l'acquéreur ne seroit pas admis à prouver par témoins qu'ils ont été une des conditions du marché; car il a été au pouvoir de l'acquéreur de se procurer la preuve par écrit de cette convention vis-à-vis du retrayant. Je pense aussi que des actes sous signature privée, ou même par-devant notaires, par lesquels le vendeur déclareroit que ces pots-de-vin ou épingles ont fait partie du marché, pourroient, par les circonstances du temps dans lequel ils ont été faits, ou par d'autres circonstances, être rejetés comme des actes auxquels on ne doit pas ajouter foi, l'acheteur devant s'imputer de n'avoir pas fait mention de cette convention dans le contrat.

313. 2° Les frais du contrat sont aussi des *loyaux coûts*, ce qui comprend le contrôle, l'insinuation, le centième denier, le papier et le parchemin, et les salaires du notaire, tant pour la minute que pour les expéditions délivrées au vendeur et à l'acheteur, les frais des quittances des paiements faits, soit au vendeur, soit aux créanciers délégués.

314. 3° Ce que l'acheteur a donné ou promis de donner au proxenète ou entremetteur du marché, doit aussi être compris dans les *loyaux coûts*, jusqu'à concurrence néanmoins de ce qu'il est d'usage de donner à ces sortes de gens en pareil cas.

315. 4° Les frais de voyage faits, soit par l'acheteur, soit par quelque expert envoyé de sa part pour visiter l'héritage, doivent aussi être couchés en *loyaux coûts*, aussi bien que le salaire de cet expert; car il est de la prudence d'un acheteur de visiter ou de faire visiter un héritage avant que de l'acheter. Il en est de même des frais de voyage pour la passation du contrat.

Observez que ces frais de voyage ne lui doivent être

remboursés qu'autant qu'il les a faits exprès, et qu'il ne les eût pas faits sans cela. S'il a fait ces voyages pour d'autres affaires, et que l'affaire de son acquisition ait seulement prolongé le temps du voyage, il ne peut prétendre le remboursement que de la dépense que lui a occasionée cette prolongation.

316. Quelques auteurs comprennent aussi parmi les *loyaux coûts*, le *coût* des consultations d'avocats que l'acheteur a faites pour la sûreté de son acquisition. On doit à cet égard estimer s'il y avoit un juste sujet de consulter, et si ce qui a été donné pour la consultation n'est pas excessif.

317. 5° Le retrayant doit aussi payer à l'acheteur par forme de *loyaux coûts*, les intérêts du prix que l'acheteur a payé au vendeur, lesquels doivent courir depuis le jour du paiement que l'acheteur a fait, jusqu'aux offres du retrayant; à moins que l'acheteur n'eût perçu les fruits de l'héritage, qui sont censés le dédommager de la privation de la jouissance du prix qu'il a payé : autrement il est juste qu'il en soit indemnisé par ces intérêts; car s'il n'eût pas fait l'acquisition de l'héritage qui lui est retiré, il auroit fait un autre emploi de son argent, qui lui eût produit un revenu.

318. A plus forte raison l'acheteur qui n'a pas perçu les fruits, doit être remboursé ou déchargé des intérêts qui ont couru contre lui pour le prix de l'achat qu'il n'a pas encore payé. Il doit l'être pareillement des arrérages de rente qui ont couru contre lui, lorsque c'est sur un bail à rente que le retrait est exercé.

319. Lorsque la demande en retrait n'est donnée qu'après la récolte qui a été stérile, l'acheteur peut-il demander à être remboursé ou indemnisé de ces intérêts et arrérages qui ont couru contre lui, en offrant de compter des fruits qu'il a perçus, et d'en faire déduction? La coutume de Paris décide la question, *art.* 138, dans le cas d'un retrait sur un bail à rente rachetable : elle dit que l'acheteur peut mettre en *loyaux coûts* les arrérages échus dans l'an

qui a précédé l'ajournement, en rendant les fruits par lui perçus dans ledit an. La raison est que l'acquéreur doit être rendu parfaitement indemne. Cette raison milite également à l'égard des intérêts du prix du contrat de vente. Cependant parmi les arrêts de M. Leprestre, il se trouve un arrêt du 18 août 1626, qui a débouté les religieuses de l'Annonciade, sur qui le duc d'Elbeuf avoit retiré l'hôtel de Mayenne, de leur demande des intérêts du prix courus depuis l'acquisition, aux offres de compter des intérêts des loyers de la maison.

320. 6° Les frais de décret que l'acheteur a fait faire sur lui pour la sûreté de son acquisition, doivent aussi être compris parmi les *loyaux coûts;* je pense qu'il est à cet égard indifférent que la faculté de décréter ait été stipulée ou non par le contrat.

321. 7° Les frais de l'instance que l'acheteur a eue contre le vendeur pour l'obliger à l'exécution du contrat, doivent aussi être compris dans les *loyaux coûts* que le retrayant doit rembourser à l'acheteur : et en les remboursant, il est subrogé aux droits de l'acheteur pour les répéter contre le vendeur.

322. 8° Les frais d'instance que l'acquéreur a faits sur la demande en retrait donnée contre lui, lorsqu'il n'a pas contesté.

323. 9° Le droit de franc-fief que l'acheteur a été obligé de payer, fait partie des *loyaux coûts* qui doivent lui être remboursés, lorsque le retrayant est lui-même d'une condition qui le rend sujet à ce droit, parcequ'en ce cas il se trouve que l'acquéreur l'en a acquitté. Mais c'est une question entre les auteurs, si le retrayant non sujet à ce droit, en doit néanmoins rembourser l'acheteur qui a été contraint de le payer. La raison pour l'affirmative est, que le retrayant doit rendre l'acheteur indemne de tout ce qu'il a été obligé de payer pour son acquisition ; et ce n'est pas le rendre parfaitement indemne que de lui laisser un procès contre le traitant, pour la répétition du droit qu'il a payé : pour la parfaite indemnité de l'acquéreur, il

faut que le retrayant le rembourse, et se fasse subroger aux droits de l'acquéreur contre le traitant pour la répétition.

Ce premier sentiment est suivi par les annotateurs de Duplessis, par Boucheul, sur Poitou, et par plusieurs autres. Au contraire, Tronçon, *art.* 129, cité par Lemaître, tient la négative. La raison sur laquelle il se fonde, est de dire qu'il est vrai qu'un acquéreur capable de posséder l'héritage qu'il a acquis, doit être remboursé de tout ce qu'il a été obligé de débourser pour l'acquisition qu'il a faite; mais que celui qui étoit incapable de le posséder, tel qu'est un roturier à l'égard des biens nobles, n'est pas en droit de se faire rembourser par le retrayant noble, du franc-fief qu'il a payé pour purger son incapacité : que ce n'est pas tant l'acquisition par elle-même, que l'incapacité personnelle de cet acquéreur qui lui a donné cette dépense : que ce retrayant noble ne doit pas souffrir de la condition de cet acquéreur, ni de ce qu'il a voulu acquérir un bien dont il étoit incapable. Ce sentiment a été embrassé par Chopin, sur Paris, 11, 6, 6, et suivi par Ferrière. La première opinion me paroît préférable : l'incapacité en laquelle étoient autrefois les roturiers de posséder des fiefs, n'a plus lieu; le commerce leur en a été accordé; ils sont seulement sujets à payer pour ces biens une certaine finance au roi. Cette finance est un coût légitime de leur acquisition, et d'une acquisition qui ne leur est pas interdite : ils doivent par conséquent en être pleinement indemnisés par le retrayant.

324. Doit-on décider la même chose à l'égard des droits qu'ont été obligés de payer les gens de main-morte pour l'acquisition d'un héritage, dont on exerce le retrait sur eux? Le retrayant est-il obligé de les rembourser du droit d'amortissement qu'ils ont payé au roi, du coût des lettres-patentes qu'ils ont obtenues pour avoir la permission d'acquérir, du droit d'indemnité qu'ils ont été obligés de payer au seigneur, sauf au retrayant à répéter contre le fermier le droit d'amortissement, et contre le seigneur le droit

d'indemnité? Je pense que le retrayant n'y est pas tenu. Ce cas-ci est différent du précédent. Les gens de main-morte sont vraiment incapables de posséder et d'acquérir des héritages; le commerce leur en est interdit. Lorsque par une grace spéciale le roi les reléve de cette interdiction pour une acquisition particulière qu'ils prient le roi de leur permettre de faire, c'est une grace qui ne doit pas préjudicier aux lignagers du vendeur, ni par conséquent leur rendre trop onéreux leur droit de retrait, que souvent ils seroient hors d'état d'exercer, s'il falloit qu'ils trouvassent de l'argent pour rembourser des droits aussi considérables que ceux d'amortissement et d'indemnité, que les gens de main-morte paient pour les acquisitions qu'ils font. C'est l'avis de Guyot, en son Traité des fiefs, et de Vaslin, sur la Rochelle.

325. 10° Enfin les profits seigneuriaux que l'acquéreur a payés pour son acquisition, les frais des ports de foi et des dénombrements, des reconnoissances censuelles qu'il a passées au seigneur, des reconnoissances de rentes foncières et déclarations d'hypothéques qu'il a été obligé de passer à ceux qui avoient quelque droit de rente foncière, ou quelque droit d'hypothéque sur l'héritage, sont des *loyaux coûts* qui doivent être remboursés.

Cela a lieu, quand même l'héritage retiré seroit dans la mouvance du roi, et que le retrayant auroit, par un droit attribué à l'office ou à la dignité dont il est revêtu, le privilége de ne point devoir de profit pour les acquisitions qu'il fait dans cette mouvance : il ne doit pas moins le rembourser à l'acquéreur lorsque l'acquéreur l'a payé, sauf à lui, après qu'il l'aura remboursé à l'acquéreur, de le répéter contre le receveur du domaine. *Voyez, sur cette répétition*, infrà, *chap.* 11, *art.* 5.

Quid, vice versâ, lorsque l'acquéreur est un secrétaire du roi ou autre privilégié, et que le retrayant ne l'est pas? Il n'est pas douteux en ce cas que le retrayant doit le profit. Mais le doit-il au fermier du roi, ou le doit-il payer à l'acquéreur privilégié sur qui le retrait est exercé? Il semble

qu'il est dû au fermier: le privilégié sur qui le retrait est exercé, ayant cessé, par le retrait, d'être acheteur, son achat étant détruit en sa personne et transféré en celle du retrayant, il semble qu'il n'est pas dans le cas de jouir du privilége accordé aux secrétaires du roi, d'être exempts de profits pour les ventes ou achats qu'ils feroient dans la mouvance du roi. C'étoit l'avis de Dumoulin, *in Cons. Par.* ff. 22, *n.* 6, qui dans cette espéce dit, que le privilégié *non debet negotiari ultrà fines privilegii;* et on a jugé conformément à ce sentiment par arrêts des 21 août 1649, et 18 décembre 1668. Néanmoins depuis, par un arrêt de 1714, on a jugé que le profit devoit en ce cas être payé, non au fermier des droits du roi, mais à cet acquéreur privilégié sur qui le retrait est exercé, de même que si cet acquéreur privilégié l'eût effectivement payé. On peut dire pour cette décision, que c'est la vente faite à l'acquéreur sur qui on exerce depuis le retrait, qui donne ouverture au profit; que c'est l'acquéreur qui, dès le moment du contrat, en contracte l'obligation envers le seigneur. Lorsqu'il est privilégié, ce n'est qu'en conséquence de son privilége qu'il n'est pas débiteur du profit envers le roi; son privilége lui en opère une remise que le roi lui en fait. Cette remise équipolle à paiement: il doit en profiter, et par conséquent le profit doit lui être restitué par le retrayant, de même que si cet acquéreur l'eût payé.

D'un autre côté on pourroit répliquer contre l'arrêt de 1714, que cet arrêt a été rendu dans la coutume de Poitou, suivant que l'atteste Vaslin, qui dit en avoir eu communication. Or cette coutume a une disposition en l'article 355, qui est favorable à la prétention des secrétaires du roi. Il est dit en termes exprès, que *où les ventes auroient été remises, soit par bienfait ou* PRIVILÉGE SPÉCIAL, *en sera aussi fait remboursement avec le prix par ledit retrayant.* On ne peut donc pas conclure de cet arrêt que la cour eût jugé de même dans d'autres coutumes qui n'ont pas pareille disposition, ni par conséquent qu'elle ait voulu changer sa jurisprudence établie par les arrêts de 1649 et 1668, ci-

dessus cités. La question a été enfin décidée par l'édit du mois de décembre 1743, *art.* 5, qui porte que les secrétaires du roi sont confirmés dans le privilége *de jouir dudit don et remise* (des profits), *soit qu'ils soient retrayants, ou convenus en retrait.*

326. Lorsque le seigneur a reçu de l'acquéreur une certaine somme pour le profit qui lui étoit dû, et qu'il a fait remise du surplus, le retrayant doit rendre à cet acquéreur le profit entier, et non pas seulement la somme qu'il a payée au seigneur. C'est l'avis de Dumoulin, *in Cons. Par.* §. 22, *n.* 6, et de tous les auteurs. Il dit qu'il y a une grande différence entre le cas d'un privilégié sur qui on exerce le retrait, et ce cas-ci. Dans le cas du privilégié sur qui on exerce le retrait, le privilége empêche bien que la vente faite au privilégié ne produise au roi des lods et ventes, jusqu'à ce que par le retrait elle ait été transférée en la personne du retrayant non privilégié; mais elle ne subroge pas le privilégié aux droits du roi, pour se faire rembourser de ce profit par le retrayant : il ne peut pas dire que le roi lui ait fait passer ses droits pour le profit, puisque le profit n'a pas été acquis au roi. Au contraire, lorsque la vente du fief a été faite à un particulier à qui un seigneur a fait remise du profit, ou d'une partie du profit, cette remise emporte un don que le seigneur à qui le profit a été acquis fait à cet acquéreur; et par conséquent cet acquéreur, comme étant, par cette remise, aux droits du seigneur, peut s'en faire rembourser par le retrayant. C'est le sens de ces termes de Dumoulin, *Latissima est differentia inter simplicem immunitatem quæ impedit acquisitionem juris, et cessionem quæ implicat agnitionem et acceptationem jurium et translationem jurium acquisitorum in alium.*

Cette décision souffre exception à l'égard des remises du quart qui sont faites aux acquéreurs par les receveurs des domaines du roi. Ces remises étant des remises que les receveurs sont obligés de faire indistinctement à tous les acquéreurs qui donnent avis de leur acquisition, ne peuvent être censées faites par aucune considération person-

nelle de l'acquéreur : elles sont censées n'être faites à l'acquéreur qu'en sa qualité d'acquéreur ; et par conséquent ce n'est pas l'acquéreur qui, par le retrait, cesse d'être acquéreur ; c'est le retrayant, qui devient l'acquéreur en sa place, qui doit profiter de cette remise. C'est l'avis de Livonière, *Traité des fiefs*, et de plusieurs autres auteurs.

327. Vaslin, sur l'*art.* 35 de la Rochelle, apporte une deuxième exception, qui est, que l'acquéreur ne doit pas être reçu à se faire rembourser la remise, lorsqu'il n'a payé le profit et obtenu la remise que depuis la demande en retrait, parceque le lignager qui exerce le retrait sur vous, s'étant, par la demande qu'il a donnée contre vous, déclaré acheteur en votre place, et étant dès-lors en votre place chargé du profit, il est contre la bonne foi qu'en prenant les devants, vous lui interceptiez les moyens qu'il avoit d'aller trouver le seigneur, et d'obtenir de lui la remise qu'il auroit vraisemblablement obtenue comme vous. Il prétend que c'est pour cette raison que Coquille, sur *l'art.* 12 du *chap.* 31 de la coutume de Nevers, dit que l'acheteur, depuis les offres, ne doit payer les profits *sans en avertir et sommer le retrayant.* Cette décision de Vaslin nous paroît très équitable.

ARTICLE IV.

Des impenses.

328. Par la même raison que l'acquéreur doit être remboursé des loyaux coûts qu'il a faits pour son acquisition, il doit pareillement être remboursé des impenses qu'il a été obligé de faire sur l'héritage : ce remboursement fait également partie de l'indemnité qui lui est due par le retrayant.

329. Observez qu'il ne doit être remboursé que de celles qu'il a faites sur l'héritage même, *in rem ipsam*, telles que sont les réparations qu'il a faites aux bâtimens ; mais il ne peut prétendre le remboursement de celles qu'il a faites, non sur l'héritage, mais seulement à l'occasion de l'héri-

tage. Par exemple, si l'acquéreur d'un héritage sur qui on exerce le retrait, avoit, avant la demande en retrait, acheté des chevaux pour faire valoir cet héritage, et que ces chevaux fussent morts, il ne pourroit pas prétendre qu'on lui remboursât le prix qu'ils lui ont coûté; car l'impense qu'il a faite en achetant les chevaux est à la vérité une dépense qu'il a faite à l'occasion de l'acquisition qu'il a faite de cet héritage, puisqu'il n'auroit pas acheté de chevaux s'il n'eût pas acheté l'héritage; mais ce n'est pas une impense faite sur l'héritage même.

330. A l'égard de celles qui sont faites sur l'héritage même, *in rem ipsam*, il ne doit pas même être remboursé indistinctement de toutes : il ne doit pas être remboursé de celles qui seroient purement voluptuaires; car le retrayant n'en profite pas, et l'acquéreur doit s'imputer de les avoir faites sans que besoin en fût.

331. Il ne peut pas même prétendre le remboursement des impenses utiles dont le retrayant profite, lorsqu'elles n'étoient pas nécessaires. La raison est, qu'il ne doit pas lui être permis de rendre la condition du retrait plus onéreuse en faisant, sur l'héritage sujet au retrait, des impenses qui, quoique utiles, n'étoient pas nécessaires, et d'empêcher par ce moyen les lignagers qui n'auroient pas la commodité de les rembourser, d'exercer le droit de retrait que la loi leur accorde. C'est par cette raison que la plupart des coutumes, et entre autres celles de Paris, *article* 146, et d'Orléans, *art.* 373, défendent aux acquéreurs de faire aucune innovation ni amélioration sur l'héritage sujet au retrait, pendant le temps du retrait. Si, contre cette défense, les acquéreurs font des impenses non nécessaires, il est juste, quelque utiles qu'elles soient, de leur en dénier la répétition contre le retrayant, en punition de leur contravention à la loi. On ne peut pas en ce cas alléguer la règle qui dit que *Neminem æquum est locupletari cum alterius detrimento* : car cette régle ne peut être opposée par celui qui souffre la perte par sa faute, comme dans

cette espèce et dans plusieurs autres; *putà*, dans le cas de la prescription.

332. Si le retrayant n'est pas obligé au remboursement des impenses ou voluptuaires, ou même utiles, qui n'étoient pas nécessaires, au moins doit-il permettre à l'acquéreur d'enlever ce qui peut être enlevé sans détérioration de l'héritage, à la charge par l'acquéreur de remettre les choses au même état qu'elles étoient lors de son acquisition; car il ne fait par-là aucun tort au retrayant. Par exemple, si un acquéreur avoit mis des chambranles de marbre et des glaces aux cheminées de la maison dont on aura depuis exercé le retrait sur lui, il pourroit emporter ses chambranles de marbre et ses glaces, en remettant les anciens, et rétablissant ces cheminées en l'état qu'elles étoient : quelques coutumes en ont des dispositions; Laon, *art.* 253; Châteauneuf, *art.* 89.

Cela n'est permis à l'acquéreur qu'autant qu'il peut par-là se dédommager en partie des impenses qu'il a faites : mais si, sans qu'il lui en revînt aucune utilité, il détruisoit les améliorations qu'il a faites, uniquement *animo nocendi*, et pour empêcher le retrayant d'en profiter; comme s'il effaçoit des peintures, s'il détruisoit des plantations de charmilles, etc., il ne seroit pas excusable, et il ne suffiroit pas d'offrir de remettre les choses en l'état qu'elles étoient lors de son acquisition; il devroit être condamné aux dommages et intérêts du retrayant : *Neque enim malitiis indulgendum;* Arg. l. 38, ff. *de rei vend.*

333. Lorsque, par la clause d'un bail à rente rachetable, le preneur s'est obligé de faire certaines améliorations dans l'héritage pour plus grande sûreté de la rente que le bailleur s'est retenue; *putà*, s'il s'est obligé de planter une certaine quantité de terres en vignes; le preneur sur qui le retrait est exercé, qui n'a pas attendu, pour faire cette plantation, que le temps du retrait fût passé, n'en doit pas avoir, en cas de retrait, la répétition. Il ne peut opposer qu'il étoit obligé de le faire; car il pouvoit la différer jus-

qu'à l'expiration du temps du retrait. Il ne peut pas non plus opposer que le retrayant, prenant le marché aux mêmes conditions que lui, auroit été pareillement obligé de faire cette plantation; que l'ayant faite à sa décharge, il en doit être remboursé; car cette obligation n'étant contractée que pour la sûreté de la rente, le retrayant peut s'en décharger en remboursant la rente.

Quid, si la clause du contrat portoit que l'acquéreur seroit tenu de faire cette amélioration incontinent et dans l'année? Il faudroit encore décider la même chose; car le bailleur n'ayant pas d'intérêt que ce soit précisément dans l'année que ces améliorations se fassent, cette clause doit être regardée comme faite en fraude du retrait, et par conséquent nulle.

334. Le principe que l'acquéreur n'a pas la répétition des impenses utiles, souffre exception dans le cas du retrait de mi-denier. Voyez *infrà*, les raisons de cette exception.

Doit-il souffrir exception lorsque l'héritage a été vendu comme acquêt, et par conséquent non sujet au retrait; *putà*, lorsque par le contrat de vente il est dit que l'héritage appartient au vendeur par l'acquisition qu'il en a faite? La raison de douter est, qu'il semble qu'en ce cas l'acquéreur n'est pas en faute d'avoir fait ces impenses utiles, pendant le temps du retrait, puisqu'il avoit sujet de croire que l'héritage n'y étoit pas sujet; conséquemment il ne doit pas perdre ces impenses dont le retrayant profite, et il en doit être remboursé jusqu'à concurrence de ce que l'héritage s'en trouve plus précieux, suivant la régle, *Neminem æquum est locupletari cum alterius detrimento.* Nonobstant ces raisons, je pense qu'on ne doit pas même en ce cas accorder indistinctement à l'acquéreur la répétition de ces impenses. L'acquéreur est toujours en faute d'avoir ajouté foi trop légèrement à la déclaration du vendeur, et de ne s'être pas assuré de la vérité de cette déclaration, en se faisant représenter les titres : si l'on accordoit indistinctement en ce cas la répétition, ce seroit ouvrir une voie à la fraude, et

rien ne seroit plus facile que d'éluder la défense de la coutume de faire aucune innovation pendant le temps du retrait, en faisant insérer dans le contrat, que l'héritage appartient au vendeur par l'acquisition qu'il en a faite. On doit donc décider en ce cas par les circonstances, et n'accorder à l'acquéreur la répétition de ces impenses, jusqu'à concurrence de ce que le retrayant en profite, que lorsqu'il paroît par les circonstances que l'acquéreur a eu un juste sujet d'ajouter foi à la déclaration du vendeur, et que l'insolvabilité du vendeur le prive du recours contre lui pour la réparation du tort qu'il souffre de la fausseté de la déclaration.

335. Les rachats volontaires que l'acheteur a faits des rentes foncières ou des droits de servitudes dont l'héritage étoit chargé, sont des espèces d'impenses utiles que le retrayant n'est pas, suivant notre principe, obligé de rembourser à l'acheteur, si ce n'est dans le cas auquel le retrayant seroit obligé à ce rachat, quand même l'acheteur ne les eût pas remboursées, *suprà*, n. 300. Mais dans le cas où le retrayant n'eût pas été obligé de les rembourser, l'acheteur peut au moins faire revivre à son profit la rente foncière qu'il a remboursée, et le retrayant ne peut se dispenser de la lui continuer. *Annotateurs de Duplessis, sur la fin du chap.* 4.

Pareillement, lorsque l'acheteur a racheté pour une certaine somme un droit de servitude dont étoit chargée, envers une maison voisine, la maison qui a été depuis retirée, le retrayant n'est pas obligé de rendre cette somme à l'acquéreur pour ce rachat que le retrayant eût pu se dispenser de faire, s'il eût mieux aimé souffrir la servitude. Mais si le voisin vouloit user de la servitude qui lui a été rachetée, et que le retrayant l'en empêchât, lui opposant le rachat qu'en a fait l'acquéreur sur qui le retrait a été exercé, ce seroit en ce cas une approbation que le retrayant feroit de ce rachat, qui l'obligeroit à rembourser à l'acquéreur le prix dudit rachat.

D'un autre côté, si le voisin usoit de ce droit de servi-

tude sans que le retrayant l'en empêchât, l'acheteur pourroit répéter de ce voisin le prix du rachat, par l'action qu'on appelle en droit, *Condictio ob rem dati, re non secutâ.*

336. A l'égard des impenses qui étoient nécessaires, l'acheteur qui les a faites en doit être remboursé par le retrayant.

Ces impenses nécessaires comprennent non seulement les grosses réparations, mais celles de simple entretien, quand même l'acquéreur auroit perçu les fruits de l'héritage avant la demande en retrait, pourvu que ce ne soient pas celles qu'il a faites pour les fruits qu'il a perçus; car les réparations d'entretien sont bien charges de la jouissance d'un héritage, mais d'une jouissance durable, telle que celle d'un usufruitier, qui dure autant que sa vie, et non d'une jouissance momentanée, telle que celle de l'acquéreur, sujette au retrait.

Si néanmoins, dans les coutumes où le temps du retrait ne court que du jour du port de foi, l'acquéreur ayant tardé long-temps à la porter, le retrait n'eût été exercé qu'après un grand nombre d'années, *putà*, après quinze ou vingt ans; l'acquéreur qui auroit eu la jouissance de l'héritage pendant un temps considérable, n'auroit pas la répétition des réparations d'entretien qu'il a faites pendant tout le temps de cette jouissance, ces réparations en étant des charges.

337. A l'égard des impenses faites pour faire venir ou pour recueillir des fruits de l'année, il n'est pas douteux qu'elles sont une charge de ces fruits, et à la charge de celui à qui ils doivent appartenir, soit de l'acquéreur, s'ils ont été perçus avant la demande, soit du retrayant, s'ils ont été perçus depuis.

338. Les impenses qui étoient nécessaires doivent être remboursées à l'acquéreur par le retrayant, quand même, au temps du retrait, elles ne subsisteroient plus, ayant été détruites par quelque cas fortuit: *putà*, si l'acquéreur a fait reconstruire le pignon d'une grange; quand même au temps du retrait cette impense n'existeroit plus, la grange

ayant été incendiée par le feu du ciel peu après cette réparation, l'acquéreur n'en devroit pas moins être remboursé; car ayant eu un juste sujet de faire cette impense, il en doit être indemnisé; *Grimaudet*, VIII, I.

339. L'acquéreur doit être remboursé de tout ce qu'il lui en a coûté pour les ouvrages nécessaires qu'il a fait faire, pourvu que, par une faute grossière et inexcusable, il n'ait pas payé aux marchands et ouvriers beaucoup plus qu'il ne falloit; car en ce cas il est juste qu'il ne soit remboursé que de ce que ces ouvrages lui auroient coûté, s'il eût été plus prudent.

L'acquéreur est cru de ces impenses sur les mémoires et quittances des ouvriers qui les ont faites; à moins que le retrayant n'offrît de prouver qu'elles sont supposées.

Pour éviter les contestations sur ce sujet, il est de la prudence de l'acquéreur, lorsque les réparations nécessaires qui sont à faire sont considérables, de les faire préalablement visiter et estimer par un expert qui sera nommé d'office par le juge, sur la requête de l'acquéreur.

340. Au reste, quoique le retrayant eût des moyens personnels pour faire ces ouvrages à meilleur compte, si on les lui eût laissé faire, il ne laisse pas d'être tenu de rembourser tout ce qu'il en a coûté à l'acquéreur qui les a fait faire, et qui n'avoit pas les mêmes ressources; à moins qu'il ne parût que cet acquéreur eût affecté de se dépêcher de faire lui-même ces ouvrages, nécessaires à la vérité, mais non urgens, afin qu'il en coûtât davantage au retrayant; car en ce cas il y a fraude, et l'acquéreur ne doit être en ce cas remboursé que de ce qu'il en auroit coûté au retrayant.

ARTICLE V.

De ce qui doit être remboursé lorsque le retrait s'exerce sur un tiers.

341. Lorsque j'ai acheté un héritage sujet à retrait, que j'ai peu après, dans le temps du retrait, revendu à Pierre; l'action en retrait que le lignager de mon vendeur exerce contre Pierre, est la même action qu'il a droit d'exercer

contre moi, dont Pierre est tenu comme possesseur de l'héritage qui y est affecté.

De là il suit, qu'il est obligé de rembourser à Pierre tout ce qu'il seroit obligé de me rembourser, si c'étoit contre moi qu'il exerçât le retrait. C'est pourquoi, si j'ai revendu à Pierre l'héritage plus ou moins qu'il ne m'a coûté, ce n'est pas le prix pour lequel Pierre l'a acquis de moi, mais c'est celui pour lequel je l'ai acheté, que le lignager doit lui rembourser. Pareillement ce sont les loyaux coûts de mon acquisition, et non pas ceux de l'acquisition de Pierre, qu'il est obligé de rembourser à Pierre.

A l'égard des impenses nécessaires faites sur l'héritage, il est obligé de rembourser tant celles que j'ai faites, que celles qui ont été faites par Pierre.

342. Ces principes donnent lieu à la question suivante. Si j'ai vendu l'héritage sujet au retrait à Pierre pour un prix plus fort que celui pour lequel je l'avois acheté, *putà*, si je le lui ai vendu 10,000 liv., quoique je ne l'eusse acheté que 8,000 liv.; Pierre, qui ne recevra du retrayant que 8,000 liv., aura-t-il droit de répéter de moi les 2,000 liv. qu'il m'a payées de plus? Oui; il a à cet effet l'action qu'on appelle *Condictio sine causâ;* l'acquisition que j'avois faite de l'héritage que je lui ai vendu, ayant été détruite en ma personne, et transférée en celle du retrayant, la vente que je lui en avois faite est détruite, n'ayant pas eu le droit de le lui vendre, et par conséquent je ne puis pas en retenir le prix. Plusieurs coutumes en ont des dispositions; Anjou, 400; Maine, 411; Bourbonnois, 460, et autres.

Grimaudet, III, I, pense que cette décision n'a pas lieu lorsque l'acheteur savoit que la chose étoit sujette au retrait; mais les raisons qu'on vient de rapporter prouvent que, même en ce cas, elle a lieu, à moins que, par la vente que j'ai faite à Pierre, il ne se fût chargé expressément du risque du retrait qui pouvoit être exercé sur celle qui m'avoit été faite.

343. *Contrà vice versâ*, si j'ai vendu à Pierre 8,000 liv. l'héritage sujet au retrait, que j'avois acheté 10,000 liv.,

je ne pourrois pas répéter de Pierre, sur qui le retrait en a été exercé, les 2,000 liv. qu'il a reçues du retrayant de plus que le prix pour lequel il avoit acheté de moi l'héritage; car, en lui vendant l'héritage, je lui ai vendu tous les droits que j'avois par rapport à cet héritage, et par conséquent le droit que j'avois d'exiger, en cas de retrait, le remboursement du prix de 10,000 liv., pour lequel l'héritage m'avoit été vendu : le retrait a donné ouverture à ce droit, bien loin de détruire l'acquisition que Pierre en a faite.

Par la même raison, lorsque le lignager de mon vendeur a exercé le retrait sur celui à qui j'avois fait donation de l'héritage, je ne pourrai pas répéter de mon donataire les sommes qui lui ont été remboursées par le retrayant; car en lui donnant l'héritage, je suis censé lui avoir donné les droits que j'avois par rapport à cet héritage.

344. Dans les coutumes qui accordent au lignager le plus proche la préférence, pour le retrait, sur le lignager plus éloigné qui a prévenu, le lignager plus proche, pour avoir cette préférence sur le plus éloigné, est-il obligé de le rembourser de ses frais? Châteauneuf, 77; Chartres, 68, etc., décident pour l'affirmative. Notre coutume d'Orléans, *art.* 478, peut aussi être tirée en argument pour ce sentiment. Lorsque la coutume ne s'en est pas expliquée, la question souffre difficulté.

On peut dire, en faveur du remboursement des frais du premier retrait, que les coutumes sus-mentionnées qui l'ordonnent, quoiqu'elles ne fassent pas de loi hors de leur territoire, peuvent néanmoins servir de préjugé et de motif pour se décider dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. Au contraire, on peut dire, pour le sentiment opposé, que le lignager qui exerce le retrait doit bien être tenu de tous les loyaux coûts de l'acquisition faite par l'acheteur étranger, puisqu'il est, par le retrait, subrogé à cette acquisition; mais il ne doit pas être tenu des frais du retrait du parent plus éloigné; car c'est de son chef qu'il exerce le retrait, et il n'est pas subrogé au

retrait du lignager plus éloigné qui l'a prévenu : ce lignager plus éloigné, qui n'avoit le droit de retrait qu'à son défaut, s'il n'eût pas voulu l'exercer, et non à son préjudice, n'a pas pu, en l'exerçant, rendre plus onéreuse sa condition. C'est le raisonnement de Chassanée sur la coutume de Bourg. Il dit que, *Remotior non potest, per suum retractum, deteriorem facere conditionem proximioris, augendo pretium impensarum* : d'où il conclut que lorsqu'il a prévenu, il ne peut prétendre le remboursement de ses frais, *nisi priùs interpellasset proximiorem ut retraheret.* Si, dans les coutumes ci-dessus mentionnées, le retrayant le plus prochain est tenu de rembourser les frais du premier retrait, c'est qu'elles ne lui accordent la préférence que sous cette condition : elles ont voulu engager un plus grand nombre de lignagers à exercer le retrait, et que les plus éloignés ne fussent point détournés de l'exercer, par la crainte de perdre leurs frais, en cas que les plus proches se présentassent. Mais lorsque la loi n'a pas apposé cette condition à la préférence qu'elle accorde aux lignagers plus prochains, il n'y a aucune raison pour les obliger au remboursement de ces frais.

345. Lorsque le lignager exerce le retrait sur le seigneur qui a exercé le retrait féodal, il y a pareillement lieu à la question, s'il est obligé de rendre au seigneur les frais qu'il a faits pour le retrait féodal. J'aurois de la peine à le croire, par les raisons ci-dessus exposées.

ARTICLE VI.

§. I. Dans quel temps le retrayant doit-il rembourser l'acquéreur ?

346. Il y a une distinction à faire entre le prix de la vente et des autres choses dont le remboursement est dû à l'acquéreur par le retrayant.

A l'égard du prix de la vente, les coutumes ont prescrit un terme fatal, dans lequel le retrayant est tenu de rembourser à l'acquéreur le prix qui a été payé, ou, sur son refus, le consigner, et dans lequel il est tenu de lui rap-

porter quittance ou décharge de celui qui restoit à payer; à faute par le retrayant d'y satisfaire dans le terme fatal, il est, aussitôt après l'expiration de ce terme, déchu de plein droit du retrait.

Ce terme est différemment réglé par les coutumes. Paris, 136; Orléans, 370; et la plupart des coutumes n'accordent qu'un temps de vingt-quatre heures; quelques coutumes néanmoins accordent un terme un peu plus long. Sens, 65, accorde trois jours; Lille, sept. Blois, *art.* 196, Poitou, Anjou, le Maine, la Rochelle, Saintonge, Bordeaux, Amiens, en accordent huit; Acqs, neuf; la Marche et Bretagne en accordent quinze; la coutume de Nevers, *tit.* 31, *art.* 5, en donne vingt.

347. Lorsqu'il n'est pas possible au retrayant de satisfaire dans le terme prescrit par la coutume, *putà*, à cause de l'éloignement du domicile de l'acquéreur, ou pour quelque autre raison; comme aucune loi ne peut obliger à l'impossible, le retrayant peut en ce cas obtenir du juge un terme un peu plus long. Notre coutume d'Orléans, *art.* 371, en a une disposition, laquelle, à cause de son équité, doit être suivie dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. Mais le juge ne peut accorder, sans une juste cause, cette prorogation; sinon l'acquéreur seroit en droit d'appeler du jugement qui l'auroit accordée; auquel cas les offres et consignations faites par le retrayant hors du temps de la coutume, mais dans le temps de cette prorogation, seroient déclarées nulles, et le retrayant déchu de son retrait.

348. Les coutumes varient aussi sur le terme d'où doit commencer à courir le temps fatal accordé pour le remboursement du prix. Les unes le font courir depuis la sentence d'adjudication du retrait; d'autres ajoutent, ou depuis la reconnoissance du retrait faite par l'acquéreur; d'autres ne le font courir que du jour de la signification de la sentence; d'autres, seulement du jour du délais de l'héritage fait par l'acquéreur : plusieurs veulent de plus que, pour que le temps puisse commencer à courir, l'ac-

quéreur ait mis au greffe son contrat d'acquisition; plusieurs veulent de plus qu'il ait affirmé en jugement la vérité du prix.

349. Les choses que les différentes coutumes ordonnent de faire pour que le temps de l'exécution du retrait puisse courir, doivent se faire en quelque espèce de vente que ce soit, et à l'égard de tous les retrayants, quels qu'ils soient. Par exemple, dans les coutumes qui requièrent, pour faire courir ce temps, l'affirmation de la sincérité du contrat, cette affirmation doit se faire, même dans le cas de vente et d'adjudication par décret, et même vis-à-vis des retrayants qui auroient assisté au contrat; car quoique ces coutumes, en établissant la formalité de cette affirmation, aient eu en vue d'empêcher les fraudes qui pourroient se commettre dans le prix du contrat, et que ces fraudes ne soient pas à craindre dans des ventes publiques, et vis-à-vis d'un retrayant qui a été présent à tout le contrat; néanmoins les coutumes ayant prescrit cette affirmation comme une formalité, et en ayant fait une loi générale, il ne peut plus être permis dans ces coutumes, en quelque cas que ce soit, de s'en dispenser, parcequ'on ne peut en aucun cas, dans les matières de rigueur, omettre impunément ce qui est de formalité.

350. Sur les différentes choses que les différentes coutumes prescrivent pour faire courir le retrait, nous ne nous arrêterons qu'à celles de Paris et d'Orléans.

Celle de Paris, *art.* 136, dit que le retrayant est tenu de payer ou consigner dans les vingt-quatre heures après le retrait adjugé par sentence, et que l'acheteur aura mis ses lettres au greffe, partie présente ou dûment appelée, et outre qu'il aura affirmé le prix, s'il en est requis.

351. Il résulte de ce texte, que dans la coutume de Paris, pour que le temps fatal des vingt-quatre heures commence à courir, il faut le concours de deux choses, et quelquefois de trois.

1° Il faut qu'il y ait eu une sentence qui ait adjugé le

retrait, ce qui résulte de ces termes, *après le retrait adjugé par sentence.*

De là il suit que si, sur la demande en retrait, l'acquéreur avoit fait signifier au retrayant un acte par lequel il lui déclareroit qu'il reconnoît le retrait, et offre de lui délaisser l'héritage, le temps des vingt-quatre heures ne courroit pas du jour de la signification de cet acte; l'acquéreur ne pourroit le faire courir qu'en faisant rendre une sentence contradictoirement ou par défaut, qui décréteroit ses offres.

352. Lorsque la sentence d'adjudication de retrait a été prononcée à l'audience contradictoirement, et que les autres conditions ont été auparavant remplies, le temps des vingt-quatre heures paroîtroit devoir courir dès l'instant de la prononciation; mais comme il ne seroit pas facile de l'estimer, on doit compter seulement depuis l'heure à laquelle le temps de l'audience a coutume de finir.

Lorsque la sentence a été rendue par défaut, les sentences par défaut n'ayant d'effet que depuis leur signification, le temps des vingt-quatre heures ne peut commencer à courir que depuis la signification: il en est de même lorsque la sentence a été rendue en procès par écrit.

Si l'heure à laquelle la signification a été faite n'a pas été exprimée par l'acte de signification, le temps des vingt-quatre heures ne courra que depuis l'heure à laquelle le soleil se couche ce jour-là, l'acte ayant pu se faire jusqu'au coucher du soleil.

353. Si, dans le temps des vingt-quatre heures, l'acquéreur a appelé de la sentence, je ne pense pas que le délai, pour satisfaire à la sentence, doive courir. Quelques coutumes, comme Reims, *art.* 202, Laon, 236, le décident ainsi. En effet, l'acquéreur ne paroît pas recevable à opposer que le retrayant n'a pas, dans le délai, satisfait aux charges de la sentence d'adjudication du retrait, pendant que c'est cet acquéreur qui, par son appel, et par conséquent par son fait, l'en a empêché; il est, au reste, plus sûr de faire les offres nonobstant l'appel.

354. 2° Pour que le temps des vingt-quatre heures coure dans la coutume de Paris, il faut que l'acquéreur ait déposé son contrat d'acquisition au greffe, afin que le retrayant puisse en prendre communication, et savoir le prix qu'il doit rembourser. C'est pourquoi, si ce dépôt n'étoit pas encore fait lors de la sentence d'adjudication du retrait, le temps des vingt-quatre heures ne courra que depuis le jour et l'heure que ce dépôt aura été fait; et si l'heure n'est pas exprimée par l'acte de dépôt, il ne courra que depuis la dernière heure du jour auquel le dépôt a été fait, ne pouvant pas, faute de l'expression de l'heure, y avoir de preuve qu'il ait été fait plus tôt qu'à cette dernière heure.

355. L'acquéreur n'est pas dispensé de ce dépôt, quand même dans le cours de l'instance il auroit donné copie de son contrat, ou l'auroit produit. *Les annotateurs de Duplessis, chap.* 3, *sect.* 2.

356. La coutume de Paris dit que ce dépôt doit être fait *partie présente et dûment appelée*: il suffit de l'appeler par acte signifié au domicile de son procureur; *Duplessis, chap.* 3, *sect.* 2. Si le dépôt avoit été fait hors de la présence du retrayant, et sans qu'il eût été appelé, il faudroit, pour que le temps pût courir, lui dénoncer par écrit que le dépôt du contrat a été fait au greffe, et qu'il est sommé d'en prendre communication.

Cela doit être observé même dans les coutumes qui disent simplement que le temps court depuis le dépôt du contrat au greffe, sans ajouter *partie présente ou appelée*: il est évident qu'ils doivent se suppléer; car en vain l'acquéreur feroit-il ce dépôt au greffe, si le retrayant, pour qui il se fait, n'en étoit pas averti.

357. La coutume de Paris demandant en troisième lieu, pour courir le temps des vingt-quatre heures, que l'acquéreur ait affirmé devant le juge la sincérité du prix de son acquisition, *s'il en est requis*; il s'ensuit que s'il en a été requis, le temps des vingt-quatre heures ne pourra courir que du jour et de l'heure qu'il aura fait devant le juge cette affirmation, en présence du retrayant; et si elle a été faite

en son absence, depuis le jour et l'heure qu'elle aura été signifiée. Si l'heure n'est pas exprimée par l'acte d'affirmation ou de signification, il ne pourra courir que depuis la dernière heure de ce jour.

Mais la coutume n'exigeant cette affirmation pour faire courir le temps des vingt-quatre heures, que lorsque l'acquéreur en a été requis; s'il ne l'a pas été avant ou lors de la sentence, le temps des vingt-quatre heures ne laissera pas de courir, de s'accomplir, et d'emporter la déchéance du retrait, quoique cette affirmation n'ait pas été faite.

358. Quoique le temps des vingt-quatre heures accordé pour l'exécution du retrait ne coure pas tant que l'acquéreur n'a pas déposé son contrat au greffe, néanmoins Brodeau, sur ledit article, dit que le retrayant doit poursuivre l'acquéreur, et que s'il a laissé passer l'an et le jour depuis la sentence adjudicative du retrait, sans poursuivre l'acquéreur pour mettre son contrat au greffe, il doit être déclaré déchu du retrait. Il ajoute qu'il en doit être de même si le retrayant ayant, depuis la sentence du retrait, assigné l'acquéreur pour mettre son contrat au greffe, il a laissé tomber cette assignation en péremption: il rapporte un arrêt du 26 novembre 1636, qui l'a ainsi jugé sur sa plaidoirie. Les annotateurs de Duplessis, de l'édition de 1699, *Traité des Retraits*, *ch.* 3, *sect.* 2, rapportent cette opinion de Brodeau, et pensent qu'elle est suffisamment autorisée par cet arrêt pour devoir passer en maxime. La seule raison sur laquelle on appuie cette décision, est qu'en une matière aussi rigoureuse que celle du retrait, le temps de l'exécution de la sentence ne doit pas être de plus longue durée que celui de l'action sur laquelle elle est intervenue.

Ce prétendu principe que Brodeau allègue pour le fondement de son opinion, est précisément ce qui est en contestation; l'action *judicati* qui naît de toutes les sentences, est une action ordinaire, dont la durée est de trente ans. Aucune loi n'a fait à cet égard de distinction entre les sentences rendues sur des actions annales, et celles rendues

sur des actions ordinaires. L'acquéreur ne peut opposer au retrayant, que le retrayant a été en demeure de satisfaire au remboursement que la coutume et la sentence adjudicative du retrait l'obligent de faire, pendant que cet acquéreur est lui-même en demeure de faire le dépôt de son contrat, que la coutume l'oblige de faire : *Mora debitoris purgatur per moram creditoris ; nec potest intelligi in morâ debitor, quandiù ipse creditor est in morâ.*

359. Notre coutume d'Orléans s'est exprimée différemment de celle de Paris : elle dit simplement, *art.* 270 : *dedans vingt-quatre heures que le retrait est adjugé ou reconnu, faut payer, etc.* Il résulte de ces termes *ou reconnu*, ajoutés lors de la réformation, qu'on pensoit autrefois que dans notre coutume d'Orléans le temps des vingt-quatre heures couroit dès l'instant de la signification de l'acte de reconnoissance du retrait faite par l'acquéreur au retrayant, sans qu'il fût besoin de faire rendre une sentence qui décrétât les offres de l'acquéreur; et c'étoit encore le sentiment de Lalande, en son commentaire sur cet article. Mais depuis il s'est pratiqué d'obtenir une sentence qui donnât acte de la reconnoissance du retrait, et de ne faire courir le temps des vingt-quatre heures que depuis cette sentence; ce qui a été établi pour empêcher les fraudes des acquéreurs qui cherchoient à faire des significations de reconnoissance de retrait, dont le retrayant n'eût pas de connoissance assez à temps, soit en prenant le temps de son absence, soit en se servant quelquefois de voies encore plus criminelles.

360. Notre coutume d'Orléans n'exige point, comme celle de Paris, pour faire courir le temps des vingt-quatre heures, que l'acquéreur ait déposé son contrat au greffe. C'est pourquoi, dans notre coutume, si l'acquéreur n'a pas été requis par le retrayant de faire ce dépôt, le temps des vingt-quatre heures court depuis l'adjudication du retrait, et emportera déchéance du retrait, quoique ce dépôt n'ait pas été fait. Mais quoique notre coutume d'Orléans ne se soit pas expliquée sur ce dépôt, si le retrayant a de-

mandé ce dépôt du contrat au greffe pour en avoir communication, tant que l'acquéreur ne satisfait pas à cette réquisition, le temps des vingt-quatre heures ne peut courir contre le retrayant; car en ce cas c'est par le fait et la demeure de l'acquéreur que le retrayant ne satisfait pas à son obligation; le retrayant ne pouvant pas rembourser, s'il ne sait pas quel est le prix qu'il doit rembourser.

361. Lorsque l'acquéreur est en demeure d'exhiber son contrat, en ayant été requis, non seulement le temps pour l'exécution du retrait ne court pas; mais si le retrayant veut aller en avant, il peut poursuivre l'acquéreur pour cette exhibition, et faire ordonner que faute par l'acquéreur de faire cette exhibition, il sera permis au retrayant de consigner une certaine somme, sauf à parfaire par la suite; et après cette consignation il peut se faire délaisser l'héritage, comme s'il avoit entièrement satisfait. C'est l'avis de Vaslin, qui est très judicieux.

362. Lorsque le retrait n'a été exercé que pour une partie des héritages compris au contrat, et qu'en conséquence il y a une ventilation à faire de la partie du prix qui doit être remboursée à l'acquéreur, il est évident que le temps pour l'exécution du retrait ne peut courir jusqu'à ce que la ventilation ait été faite, puisque le retrayant ne peut savoir plus tôt la somme qu'il doit rembourser; *arrêt de* 1640, *cité par Brodeau*, *sur l'art.* 135.

363. Le temps de vingt-quatre heures, de même que celui de trois jours, de huitaine, de quinzaine, etc., est un temps qui n'est pas un temps utile, mais continu; les heures de la nuit y sont comprises.

364. Pareillement, quoique le temps de vingt-quatre heures tombe dans un jour de fête, il n'est pas prolongé, quand même le retrayant seroit un prêtre occupé au service divin; mais les actes nécessaires pour l'exécution du retrait, tels que la sommation pour recevoir, et la consignation, peuvent se faire ce jour de fête; *Duplessis et ses Annotateurs*, *ch.* 3, *sect.* 2.

365. Enfin ce temps est un temps fatal; c'est-à-dire que

si le lignager n'a pas, dans l'espace de ce temps, satisfait, il est par le laps de ce temps déchu entièrement du retrait, sans qu'il puisse être reçu dès le lendemain à purger sa demeure.

366. Il nous reste une question, qui est de savoir si le temps fixé par les coutumes pour l'exécution du retrait, doit se compter *de momento ad momentum.* Il n'y a pas lieu à cette question dans nos coutumes de Paris et d'Orléans, et autres qui n'accordent pour l'exécution du retrait qu'un temps de vingt-quatre heures : ce temps étant d'un certain nombre d'heures, il ne peut être douteux qu'on le doit compter *de momento ad momentum.* Il y a plus de difficulté à l'égard des coutumes qui accordent un certain nombre de jours, telles que celles de Blois et de la Rochelle, qui accordent huit jours. Vaslin, sur la coutume de la Rochelle, *art.* 34, atteste que ce temps se compte pareillement *de momento ad momentum*, et que le retrayant n'a pas huit jours francs, non compris le jour du terme d'où ils doivent courir, mais huit jours, ou huit fois vingt-quatre heures, à compter depuis l'heure du terme d'où ce temps doit courir. Par exemple, dans sa coutume de la Rochelle, qui fait courir la huitaine *après que l'acheteur aura exhibé ses contrats, et iceux affirmé;* si l'acheteur a fait cette affirmation à l'audience du premier juin, la huitaine courra depuis l'heure à laquelle lève cette audience, et le retrayant ne sera à temps d'exécuter son retrait que jusqu'à pareille heure du neuf de juin, et non pas pendant tout ledit jour neuf. Il se fonde sur ce que la coutume ne dit pas qu'elle donne *huitaine après le* JOUR *de l'exhibition et affirmation;* mais elle dit, *huitaine après qu'il aura été exhibé et affirmé.*

A plus forte raison l'on doit décider que si le jour intercalaire d'une année bissextile se rencontre dans les huit jours, il sera compté. *Grimaudet*, IX, 22.

§. II. Dans quel temps se doit faire le remboursement des loyaux coûts et mises.

367. Ce n'est qu'à l'égard du prix que la coutume de

Paris a prescrit un temps fatal; elle n'en a prescrit aucun pour le remboursement des loyaux coûts et impenses. C'est ce qui résulte de l'*art.* 136 de la coutume de Paris : il est dit que le retrayant doit *rembourser l'acheteur des deniers qu'il a payés au vendeur par l'achat, ou consigner... et ce dedans vingt-quatre heures, etc.* Il n'y est parlé que du prix de l'achat, il n'y est pas dit un mot *des loyaux coûts et mises :* d'où il paroît suivre que dans la coutume de Paris il n'y a aucun temps fatal pour le remboursement des loyaux coûts et mises, sans qu'il y ait même lieu à distinguer entre ceux des loyaux coûts qui se trouvent liquides au temps de l'adjudication du retrait, et ceux qui ne le sont pas.

368. Notre coutume d'Orléans s'est exprimée différemment : elle dit, *article* 370, que dans les vingt-quatre heures faut payer et rembourser l'acheteur *de son principal, loyaux coûts et mises qui se trouveroient clairs et liquides en faisant l'adjudication du retrait.* D'où il semble suivre que, dans notre coutume d'Orléans, le remboursement des loyaux coûts qui se trouvent liquides, au moins ceux qui se trouvent l'être par les reçus qui se voient à la fin du contrat, tels que les droits de contrôle, insinuation, etc., les pots-de-vin et épingles exprimés au contrat, ne doivent pas moins être remboursés dans le temps fatal que le prix.

369. Le temps pour le remboursement des loyaux coûts, sur-tout de ceux qui ne sont pas liquides, n'étant pas fixé par la loi, l'acquéreur, après que la liquidation en aura été faite, doit obtenir sentence qui condamne le retrayant à les rembourser dans un temps qui est laissé à l'arbitrage du juge, mais qui doit être très court; et si le retrayant ne satisfait pas dans ce temps qui lui est prescrit par la sentence, ce temps n'étant pas, comme celui qui est prononcé par les coutumes, un temps fatal, l'acquéreur doit poursuivre le retrayant pour faire ordonner par une seconde sentence, que faute par le retrayant d'avoir satisfait à la première, il demeurera déchu du retrait; et jusqu'à ce que cette déchéance soit prononcée, il est toujours à temps de satisfaire, en payant les dépens.

ARTICLE VII.

Des offres et de la consignation que le retrayant est obligé de faire en cas de refus par l'acquéreur de recevoir, ou lorsqu'il n'est pas trouvé chez lui.

370. Lorsque l'acquéreur a refusé de recevoir le remboursement du prix de son acquisition, que lui a offert le retrayant, ou lorsque cet acquéreur n'a pas été trouvé chez lui, le retrayant est obligé, dans le temps fatal, de faire constater ses offres par un procès-verbal fait par un huissier assisté de deux témoins, et de consigner.

Duplessis, *chap.* 5, *sect.* 2, veut que ces offres soient attestées par deux notaires, ou un notaire et deux témoins. Cela ne se pratique pas dans notre province. L'huissier qui fait la sommation de recevoir, étant un officier public, paroît pouvoir constater les offres, sans qu'il soit besoin de se faire assister d'un notaire; cela ne sert qu'à multiplier les frais.

371. Pour que ces offres soient valables, il faut que quatre choses concourent. 1° Il faut que ces offres soient faites au vrai domicile de l'acquéreur; ou si l'acquéreur est un mineur ou un interdit, au domicile de son tuteur ou curateur. Il ne suffiroit pas de les faire à domicile de procureur; car un procureur *ad lites* n'a pas pouvoir de recevoir.

Elles peuvent aussi être faites en quelque endroit que ce soit, à la personne de l'acquéreur, pourvu que, par lesdites offres, le retrayant, ou autre pour lui, offre à l'acquéreur de le suivre, et de lui porter l'argent en sa maison ou autre lieu qu'il indiquera pour le recevoir; car cet acquéreur n'est pas obligé de le recevoir ailleurs que chez lui. On doit néanmoins avoir égard aux circonstances. Si la somme qui doit être remboursée étoit une somme modique, *putà*, de 120 liv., les offres que je fais ici de cette somme en cinq louis d'or à l'acquéreur trouvé dans son auberge, sont valables; et ce seroit de sa part une chicane

de prétendre que je devrois offrir de lui porter au lieu de son domicile, à quatre ou cinq lieues d'ici, cette somme qu'il pouvoit recevoir sans aucune incommodité ni danger.

372. 2° Ces offres doivent être faites en espèces qui aient cours au temps et au lieu où elles se font. C'est pourquoi les offres qui seroient faites à Paris de payer en florins de Hollande ou en pistoles d'Espagne, ne seroient pas valables.

373. Il n'est pas au reste nécessaire que le retrayant offre de rembourser l'acquéreur dans les mêmes espèces précisément dans lesquelles il a payé. Par exemple, les offres de rembourser en écus de six et de trois livres sont valables, quoique l'acquéreur ait payé en louis d'or, *et vice versâ.*

374. Pareillement, lorsque les espèces ont été diminuées ou augmentées dans le temps intermédiaire entre le temps du paiement fait par l'acheteur au vendeur, et celui des offres de remboursement faites par le retrayant à cet acheteur; ce n'est pas le même nombre d'espèces que l'acheteur a payées, mais la même somme que le retrayant doit lui offrir. La raison est, que les pièces de monnoie ne sont que des signes, et qu'on n'y considère autre chose que la valeur qu'il plaît au roi de leur faire signifier.

Cette décision est constante dans l'usage, quoiqu'elle puisse être combattue par des raisons assez puissantes; car l'acquéreur qu'on rembourse après une augmentation survenue sur les espèces, ne se trouve pas indemne, puisque s'il n'eût pas acquis l'héritage qu'on lui retire, ou il eût profité de l'augmentation survenue sur les espèces, s'il eût gardé son argent; ou il auroit acquis d'autres héritages à meilleur compte qu'il ne les achètera, l'augmentation sur les espèces faisant augmenter à proportion le prix des héritages.

375. Les offres de remettre la quittance ou la décharge du vendeur pour le prix qui reste à payer, tiennent lieu d'offres en espèces.

376. On a mis en question si les offres que fait le retrayant de compenser une somme liquide que l'acquéreur lui doit, tiennent pareillement lieu d'offres en espèces.

Duplessis, *ibid.*, *pag.* 281 *de l'édition de* 1699, et plusieurs autres auteurs tiennent la négative. La raison de leur opinion est, que ce qui est prescrit par les coutumes, sur-tout en matière de rigueur, telle qu'est la matière du retrait lignager, doit s'accomplir littéralement; d'où ils concluent que le remboursement du prix qui est prescrit par les coutumes, pour effectuer le retrait, ne peut s'accomplir par la compensation, qui n'est qu'un remboursement fictif.

Dumoulin, *in Cons. Par.* §. 20, *gl.* 7, n. 10, nonobstant ces raisons qu'il s'oppose comme raisons de douter, pense au contraire que le retrayant satisfait aux conditions du retrait par cette compensation, aussi bien que par un paiement réel fait en espèces; cette compensation étant, quant à l'effet, un vrai paiement, qui procure autant à celui à qui il est fait, qu'un paiement qui lui seroit fait en espèces: car lorsque, par la compensation qui m'est offerte par le retrayant, je reçois la libération d'une somme de 1,000 l. que je dois au retrayant, je reçois précisément la même chose que je recevrois s'il me comptoit cette somme en espèces; puisque, dans l'un et dans l'autre cas, je reçois une valeur de 1,000 liv., et que, dans la monnoie, on ne considère autre chose que la valeur que les espèces signifient. En vain opposeroit-on que cette décision que donne Dumoulin pour le cas du retrait féodal, ne doit pas avoir lieu dans le cas du retrait lignager, qui est plus de rigueur; car Dumoulin, dans cet endroit, dit que la compensation est comprise sous le terme de paiement, même en matière de rigueur : *In eâ compensatione verificatur statutum vel alia dispositio* STRICTA, *loquens de verâ solutione*, *quia est eadem ratio et omninò idem effectus.* Grimaudet, VIII, 8, après avoir rapporté les deux opinions, dit que celle de Dumoulin n'est pas sûre, et il conseille au retrayant de ne la pas suivre. Son conseil est fort bon; mais lorsqu'un re-

trayant ne l'a pas suivi, et s'est contenté d'offrir la compensation, je crois avec Dumoulin ses offres valables.

377. Tiraqueau va plus loin, et il dit que si la somme de l'acquéreur, due au retrayant, égale celle que le retrayant lui doit rembourser, la compensation se faisant en ce cas de plein droit, *l. fin.*, *Cod. de compens.*, il n'est pas nécessaire en ce cas que le retrayant fasse des offres : il est néanmoins plus sûr d'offrir la compensation.

378. 3° Les offres doivent être réelles, et en conséquence le procès-verbal d'offres doit contenir l'énumération des espèces dans lesquelles la somme est offerte, la qualité desdites espèces, et il doit faire mention de l'exhibition qui en a été faite; *Duplessis*, *ibid.*, *et les notes marginales.*

379. 4° Enfin les offres doivent être intégrales; pour peu qu'il manque dans les espèces offertes pour faire la somme qui doit être remboursée à l'acheteur, les offres sont nulles. Néanmoins Grimaudet, VII, 9, pense qu'on ne devroit pas déclarer les offres nulles, si ce qui manquoit étoit de nulle considération, comme s'il ne manquoit qu'un sou; mais cette décision n'est pas sûre, et il ne la regarde pas lui-même comme telle. La maxime, *Parùm pro nihilo reputatur*, n'a pas lieu en une matière de rigueur, telle qu'est celle du retrait.

380. La consignation de la somme totale ne rétabliroit pas ce défaut des offres; car il ne suffit pas de consigner, si l'on n'a offert. La consignation n'est pas valable, si elle n'a pas été précédée d'offres valables.

381. Lorsque le retrait a été adjugé à deux, les offres que chacun d'eux feroit séparément de rembourser sa part du prix qui doit être remboursé à l'acheteur, ne seroient pas valables; car l'acheteur n'est pas obligé de recevoir ce remboursement par parties.

Quid, si l'un des deux retrayans avoit offert la moitié du prix, et sur le refus de l'acheteur, l'avoit consignée, les offres de l'autre retrayant, par lesquelles il déclareroit qu'il offre une telle somme pour sa moitié, faisant avec celle qui a été précédemment offerte par son coretrayant, et qui

est consignée, le total du prix qui doit être remboursé à l'acheteur, seroient-elles des offres valables? Non; car l'acheteur n'est pas obligé de recevoir le prix, si on ne lui porte la somme entière chez lui : il n'est obligé d'aller retirer ce prix des consignations, que lorsque la consignation en a été valablement faite, après des offres valables qui l'aient mis en demeure de recevoir. Mais dans cette espèce, la consignation qui a été faite de la moitié du prix n'est pas valable; les offres qui lui avoient été faites de lui payer cette moitié n'étoient pas valables, et ne l'ont pas mis en demeure.

382. Si l'un des retrayans a remboursé le total à l'acheteur, ou l'a consigné après des offres valablement faites, son coretrayant n'a aucunes offres à faire à l'acheteur, qui se trouve entièrement payé. Mais est-il tenu, à peine de déchéance du retrait, de payer à son coretrayant qui a payé le total, la moitié du prix qu'il a avancé pour lui, ou de la consigner dans le temps fatal? Je ne croirois pas qu'il dût être sujet pour ce remboursement au terme fatal, qui n'a été établi qu'en faveur de l'acquéreur, et non en faveur de ce retrayant qui a payé le total. Vaslin, sur l'article 20 de la Rochelle, est d'avis contraire : il dit que celui des retrayants qui a payé le total, est devenu par ce paiement aux droits de l'acquéreur, et qu'il peut par conséquent opposer les mêmes exceptions que l'acquéreur auroit pu opposer au retrayant qui ne s'est pas présenté dans le terme fatal; et il cite pour son opinion Ferrière et Carondas. La réponse est, que le droit qu'avoit l'acquéreur d'obtenir la déchéance du retrait, faute d'être remboursé dans le terme fatal, est un droit qui lui étoit personnel, attaché à sa qualité *d'acquéreur sur qui on exerce le retrait;* ce droit n'a pas pu passer au retrayant qui a remboursé le total du prix à cet acquéreur.

383. Les offres doivent être suivies d'une consignation, que le retrayant doit faire dans le temps fatal des vingt-quatre heures, accordé pour l'exécution du retrait : le retrayant

ne satisferoit pas aux coutumes par les seules offres; car elles ont bien l'effet de constituer l'acquéreur en demeure de recevoir, mais il n'y a que la consignation qui équipolle au paiement; et les coutumes ordonnent au retrayant *de payer*, à peine de déchéance; *Paris, art.* 136; *Orléans, art.* 270.

384. La consignation seule ne suffiroit pas non plus; car elle n'est admise qu'à défaut par l'acquéreur de recevoir : ainsi il faut et les offres et la consignation.

385. Cette consignation doit, 1° se faire partie appelée. A cet effet le sergent, par la sommation qui contient les offres, doit déclarer à l'acquéreur, que faute par lui d'avoir reçu la somme offerte, le retrayant la consignera en tel lieu et à telle heure, où il est sommé de se trouver.

Si cette sommation de se trouver à la consignation avoit été omise dans la sommation de recevoir, elle pourroit se faire par un acte subséquent. Lemaître dit qu'elle se peut faire à domicile de procureur.

Au reste, il n'est point nécessaire d'obtenir sentence qui permette de consigner; *Duplessis, ibid.* Lemaître est de même avis; *dissentit* Guérin.

386. Cette consignation doit être intégrale, de même que les offres : pour peu qu'il manquât de la somme qui doit être remboursée à l'acquéreur, la consignation devroit être déclarée nulle, et le retrayant déchu du retrait.

387. Lorsque le retrayant soutient que le prix exprimé par le contrat est plus fort que celui qui a été véritablement convenu entre les parties, il est plus sûr que le retrayant consigne toute la somme exprimée par le contrat, sans préjudice du plus; car autrement, s'il ne pouvoit faire sa preuve, la consignation qu'il a faite ne se trouvant pas intégrale, il seroit déchu du retrait. Mais si, dans la confiance où est le retrayant qu'il fera sa preuve, il a consigné moins, la validité de la consignation dépendra de l'événement de la preuve; et s'il est justifié que le prix porté par le contrat n'est pas le véritable prix, et que celui qui a

été convenu entre les parties n'excède pas la somme consignée, la consignation sera valable; *Dumoulin, sur la coutume de Nevers, tit.* 31, *art.* 3.

388. Enfin, 3° cette consignation doit être faite dans les mêmes espéces qui ont été offertes; c'est l'avis de Lemaître, et des commentateurs par lui cités. La raison qu'il en rend, est qu'on ne peut pas juger si l'acquéreur a eu raison de refuser celles qui lui ont été offertes, si on ne les voit, et si ce ne sont pas les mêmes qui ont été consignées.

389. Si depuis les offres, et avant la consignation, les espéces étoient diminuées, le retrayant qui, par la sommation qui contient ses offres, auroit signifié un bordereau des espéces par lui offertes, ne seroit pas tenu à consigner rien de plus que les espéces par lui offertes; et la perte de la diminution doit en ce cas être supportée par l'acquéreur; car c'est un effet de la demeure en laquelle est un créancier de recevoir, qu'il soit tenu d'indemniser le débiteur de la perte que sa demeure lui a causée, et par conséquent de se charger de la perte survenue sur les espéces offertes, perte que le débiteur n'eût pas soufferte si le créancier eût reçu.

Il y a une autre raison, qui est que le retrayant qui, avant les offres, étoit débiteur d'une somme en espéces indéterminées, se rend par les offres débiteur des espéces par lui offertes, comme de corps certains : or lorsqu'un corps certain est dû, il est aux risques du créancier.

390. Cette seconde raison doit faire décider, dans le cas inverse auquel les espéces seroient augmentées, que c'est l'acquéreur qui doit profiter de l'augmentation, et que le retrayant doit consigner toutes les espéces par lui offertes, telles qu'elles se trouvent; car ces espéces étant par ces offres devenues individuellement la chose due, le créancier doit profiter de l'augmentation qui y est survenue, suivant la maxime que, dans les dettes de corps certains, le créancier profite de l'augmentation, comme il souffre

de la diminution. Le retrayant ayant par ses offres, réalisées par la signification du bordereau des espèces, déterminé la dette du remboursement du prix à la dette des espèces offertes, il ne peut plus à cet égard changer de volonté au préjudice du créancier, suivant cette règle, *Nemo potest mutare consilium in alterius injuriam.*

391. Enfin Duplessis, *chap.* 3, *sect.* 2, veut que la consignation, lorsqu'elle a été faite en l'absence de l'acquéreur, lui soit signifiée dans le temps fatal des vingt-quatre heures. La raison est, que tant qu'on n'a pas mis l'acquéreur en état de retirer les espèces, en lui donnant connoissance de la consignation, elle ne peut pas, selon lui, passer pour un paiement parfait, étant même chose pour cet acquéreur qu'on n'ait pas consigné, ou qu'il ignore la consignation. Les annotateurs semblent douter de cette décision : ils disent qu'il n'y a que Brodeau qui ait été de cet avis; que la coutume ne s'est pas expliquée sur cette signification. L'acquéreur ne peut opposer qu'il a ignoré la consignation, quoiqu'elle ne lui ait pas été signifiée, en ayant été averti par l'acte par lequel il y a été appelé. M. R. croit cette signification dans le temps fatal, indispensable.

Cette consignation faite, le retrayant doit assigner l'acquéreur, pour voir déclarer la consignation valable, et en conséquence ordonner que l'acquéreur sera tenu de quitter la possession de l'héritage au retrayant, sinon qu'il sera permis au retrayant de l'expulser.

392. L'acquéreur peut prévenir cette demande, en assignant le retrayant pour voir prononcer la nullité des offres ou de la consignation, et en conséquence la déchéance du retrait.

393. En attendant le jugement sur l'une ou l'autre de ces demandes, le sort de la consignation est en suspens, et les deniers consignés sont aux risques, ou de l'acquéreur, si la consignation est jugée valable; ou du retrayant, si elle est déclarée nulle; et en conséquence si les deniers

consignés étoient péris par vol, incendie, ou par quelque autre cas que ce soit, c'est sur la partie qui aura succombé que doit tomber la perte.

Voyez, sur la consignation, *notre Traité des obligations*, *part.* 3, *chap.* 1, *art.* 8.

394. Si le retrayant avoit retiré du Bureau des Consignations le prix qu'il a consigné, il n'est pas douteux qu'il seroit déchu du retrait; c'est de sa part y renoncer que de retirer sa consignation.

Il en est de même si un créancier du retrayant avoit saisi et arrêté entre les mains du consignataire les deniers du retrayant son débiteur, et que la saisie et arrêt eût été déclarée valable. Il y a un arrêt qui l'a jugé ainsi, cité dans les notes marginales de Duplessis, *loco citato;* car la consignation ne peut être regardée comme un paiement valable, lorsque c'est pour une cause qui procède du fait du retrayant, que les deniers sont retirés de la consignation.

395. C'est une question controversée, si le lignager qui a donné la demande en retrait, peut être contraint par l'acquéreur à prendre le marché du retrait. Tous conviennent que le retrayant peut se désister de sa demande en retrait, jusqu'à la reconnoissance ou adjudication : il en doit seulement les dépens jusqu'au jour du désistement. Mais lorsque le retrait, sur la demande du lignager, a été reconnu ou adjugé, il y en a qui pensent que l'acquéreur peut contraindre le retrayant à prendre le marché. Leur raison est, que par la reconnoissance ou adjudication du retrait, il se contracte un contrat ou quasi-contrat entre le retrayant et l'acquéreur, par lequel, de même que l'acquéreur s'oblige à délaisser l'héritage au retrayant, le retrayant s'oblige de son côté envers lui au paiement de tout le contenu dans les offres qu'il lui a faites. C'est ce qu'enseigne Dumoulin, en sa note sur l'article 7 de la coutume de Bordeaux : *Aut reus jam acceptavit, et non potest discedere invito reo; aut nondùm acceptavit, et potest sive ante litem contestatam, sive post discedere, refusis impensis, et ita practicari vidi.* Mor-

nac, *ad l.* 39, *cod. de episc. et cleric.*, atteste aussi que c'est la jurisprudence. Néanmoins Tiraqueau, *ad finem tituli*, *n.* 28, est d'avis contraire : il se fonde sur la loi *Si judex*, 41, ff. *de minor.*, où il est dit qu'un mineur peut se désister du profit d'une sentence qui l'a restitué contre un acte de vente, malgré celui avec qui la sentence a été rendue; *quia licet unicuique contemnere quæ pro se introducta sunt.* Grimaudet, *n.* 33, est aussi de cet avis. Les coutumes d'Anjou, 407, et du Maine, 418, paroissent conformes à ce sentiment; car dans le cas auquel le retrait est reconnu, et que le retrayant ne veut plus prendre le marché, elles se contentent de dire qu'il est tenu des dépens, dommages et intérêts.

CHAPITRE X.

Des obligations de l'acquéreur qui a reconnu le retrait, ou sur qui il a été adjugé.

396. L'acquéreur sur qui le retrait a été adjugé, est obligé de délaisser au retrayant l'héritage; il est encore tenu envers lui à certaines prestations, soit par rapport aux fruits qu'il a perçus, soit par rapport aux dégradations faites par sa faute dans l'héritage.

§. I. Du délais de l'héritage.

397. Premièrement, l'acquéreur est obligé de délaisser au retrayant l'héritage.

Si, depuis le contrat, il s'est fait quelque accroissement naturel à l'héritage, *putà, per alluvionem*, l'acquéreur ne pourra pas le retenir, et il sera obligé de délaisser l'héritage avec cet accroissement qui en fait partie. On opposera peut-être que, dans le cas du réméré, nous avons décidé, conformément à l'opinion de plusieurs docteurs, que l'acheteur sur qui on exerçoit le réméré pouvoit retenir cet accroissement. La raison de différence vient de la nature

de ces droits. Le droit de réméré est le droit que s'est retenu le vendeur de se faire rendre ce qu'il a vendu : il ne peut pas prétendre avoir vendu cet accroissement, qui n'a commencé d'exister que depuis la vente : il ne peut donc être sujet au réméré. Le droit de retrait est de prendre le marché de l'acheteur sur qui le retrait s'exerce, et par conséquent de profiter de tous les avantages qui ont résulté de ce marché.

398. L'acquéreur doit faire ce délais aussitôt après que le retrayant lui a remboursé le prix et les autres sommes liquides qui doivent lui être remboursées, et lui a rapporté quittance ou décharge de ce qui en étoit dû.

Le délais de l'héritage ne peut être différé jusqu'après la liquidation des autres choses non liquides qui doivent être remboursées à l'acquéreur : l'acquéreur ne peut pas même prétendre que le retrayant, pour entrer en possession de l'héritage avant cette liquidation, doive lui donner caution : il doit suffire à l'acquéreur d'avoir pour ces créances non liquides un privilège sur le fonds.

399. Si c'étoit le prix principal qui ne fût pas liquide, comme dans le cas auquel mon parent auroit cédé à quelqu'un un héritage pour être tenu quitte envers lui de l'administration qu'il avoit eue de ses biens, l'acquéreur, en ce cas, n'est pas tenu, sur ma demande en retrait, de me délaisser l'héritage avant la liquidation et le remboursement de sa créance, en paiement de laquelle l'héritage lui a été donné; mais comme il pourroit tirer les choses en longueur, le juge doit lui fixer un temps pour la faire; *Grimaudet*, VII, 13.

§. II. Des fruits.

400. A l'égard des fruits, ceux qui se trouvent pendants lors de l'adjudication ou reconnoissance du retrait, doivent appartenir au retrayant, en remboursant l'acheteur des labours et semences; l'héritage doit lui être restitué tel qu'il se trouve, et par conséquent avec les fruits qui y sont pendants et qui en font partie.

Il y a néanmoins quelques coutumes qui les partagent entre le retrayant et l'acheteur, à qui elles en accordent une partie, au *prorata du temps qu'il n'aura été remboursé de son prix*. Ce sont les termes dont se sert la coutume de Berry, *tit.* XIV, *art.* 2; Angoumois, *chap.* 5, *art.* 78. Ce partage est accordé pour indemniser l'acheteur du défaut de jouissance de l'argent qu'il a payé pour le prix de son acquisition. Dans nos coutumes on pourvoit d'une autre manière à cette indemnité, en lui passant en loyaux coûts les intérêts du prix qu'il a payé jusqu'au jour des offres qui lui ont été faites de le rembourser, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 317.

401. A l'égard de ceux perçus avant l'adjudication, il faut distinguer entre ceux qui ont été recueillis avant la demande et les offres du retrayant, et ceux qui n'ont été recueillis que depuis.

A l'égard de ceux qui n'ont été recueillis que depuis la demande et les offres du retrayant, l'acheteur qui les a recueillis doit pareillement les rendre entièrement au retrayant, sous la déduction des frais de labours et semences. C'est la disposition de Paris, *art.* 134, d'Orléans, *art.* 374, et du plus grand nombre des coutumes, sauf celles qui en ordonnent le partage au prorata du temps entre le retrayant et l'acheteur.

Quelques coutumes néanmoins n'accordent les fruits au retrayant, les unes, comme celle du Perche, *art.* 194, que du jour de la contestation en cause; les autres, comme Berry, *tit.* 14, *art.* 6, que de celui de la consignation du prix; mais ces coutumes doivent être restreintes à leur territoire. Ceux qui les accordent du jour de la demande et des offres, forment le droit commun; et elles sont fondées sur deux principes de droit: le premier, que la demande et les offres du retrayant mettent l'acquéreur en demeure de délaisser l'héritage dont le retrait lui est demandé: le second est, que tout débiteur qui est constitué en demeure de délaisser une chose, est tenu de faire raison au créan-

cier à qui il la doit délaisser, de tous les fruits recueillis depuis sa demeure.

Ce principe est une conséquence d'un autre principe; savoir, qu'un débiteur ne doit pas profiter de la demeure injuste en laquelle il a été, et qu'il est au contraire tenu des dommages et intérêts résultants de sa demeure, ce qui renferme tout ce que le créancier a perdu, et tout ce qu'il a manqué de gagner par la demeure de son débiteur. Or il est évident que la demeure du débiteur a privé le retrayant des fruits de l'héritage qu'il auroit recueillis, si l'héritage lui eût été délaissé lorsqu'il l'a demandé; il doit donc être indemnisé de ces fruits par le débiteur.

402. Suivant ces principes, l'acquéreur non seulement doit faire raison des fruits qu'il a recueillis, mais encore de tous ceux que le retrayant auroit pu recueillir, si l'héritage lui eût été délaissé aussitôt après la demande et les offres, quoique l'acquéreur ne les ait pas recueillis.

Par exemple, si pendant le procès, depuis la demande et les offres du retrayant, l'acquéreur a négligé d'ensemencer une pièce de terre qui étoit en saison d'être ensemencée, il est obligé de faire raison au retrayant des fruits qui auroient pu être recueillis sur cette terre, si elle eût été ensemencée; car le retrayant, si l'héritage lui eût été délaissé lorsqu'il l'a demandé, auroit pu ensemencer cette pièce de terre, et en percevoir les fruits.

Quid, si lors de la demande en retrait, le temps de la semence étoit passé? Quoique le retrayant ne puisse pas dire en ce cas que si l'héritage lui eût été délaissé aussitôt après sa demande, il eût pu percevoir des fruits sur cette terre, puisqu'on n'étoit plus à temps de pouvoir l'ensemencer; ne peut-il pas prétendre que l'acquéreur doit encore en ce cas être tenu de lui faire raison des fruits qu'eût produits cette terre, si elle eût été ensemencée, parceque c'est la faute de l'acquéreur de ne l'avoir pas ensemencée? Grimaudet, IV, 37, etc., décide fort bien que le retrayant n'est pas fondé dans cette prétention. La raison est, que l'acquéreur est bien tenu, avant la demande en retrait, à

la conservation de l'héritage; c'est pourquoi il est tenu envers le retrayant de sa faute à cet égard, si par sa faute l'héritage se trouvoit dégradé : mais il n'est point, avant la demande, comptable des fruits; c'est pourquoi il ne peut être tenu d'aucune faute à cet égard.

403. Il nous reste à observer que les fruits recueillis par l'acquéreur depuis les offres, dont il est obligé de tenir compte au retrayant, ne s'estiment que sous la déduction des frais de semences et de culture, lorsque c'est l'acquéreur qui a fait ces frais : *Fructus enim non intelliguntur nisi deductis impensis*, l. 36, §. 5, ff. *de hœr. pet.*

Cette décision a lieu, quand même l'acquéreur auroit ensemencé les terres du blé qu'il auroit recueilli dans l'héritage; car ce blé lui ayant été acquis, il n'en est pas moins vrai de dire que c'est à ses dépens qu'il a ensemencé la terre. C'est l'avis de Pallu, sur Tours, et de Dupineau, sur Angers.

404. A l'égard des fruits qui ont été recueillis par l'acquéreur avant les offres, ils appartiennent à l'acquéreur, et il n'en doit pas compter au retrayant.

Ce principe souffre une première limitation. Il faut pour cela que l'acquéreur ne les ait pas recueillis avant leur maturité, en fraude du retrait; car si l'acquéreur, peu de jours avant la demande en retrait qu'il avoit appris qu'on devoit donner contre lui, avoit fait la récolte avant le temps, dans la vue d'en frauder le retrayant, cet acquéreur ne devroit pas profiter de cette fraude, et il devroit compter de ces fruits au retrayant, de même que s'il ne les avoit recueillis que depuis les offres.

S'il paroissoit quelque juste cause pour laquelle l'acquéreur eût coupé les fruits avant la maturité, *putà*, s'il avoit fait cela à l'approche d'une armée ennemie, il ne seroit pas présumé l'avoir fait en fraude du retrait, et ne seroit pas par conséquent tenu d'en faire raison au retrayant.

Pour que le retrayant puisse prétendre que l'acquéreur lui fasse raison des fruits coupés avant leur maturité, il

faut qu'il ait donné la demande en retrait avant le temps de leur entière maturité; car s'il ne l'a donnée qu'après, l'acquéreur, en les coupant avant le temps de leur maturité, n'a fait de tort qu'à lui-même; il n'en fait aucun au retrayant, puisque ces fruits, quand même on auroit attendu le temps de leur maturité pour les recueillir, n'auroient pas appartenu au retrayant, qui n'a donné sa demande que depuis. Il n'importe que l'acquéreur ait eu dessein de le frauder, lorsque par l'événement il ne l'a pas été : *Oportet ut concurrant consilium fraudis, et eventus.*

405. Le principe sur les fruits coupés et perçus par l'acheteur avant la demande et les offres du retrayant, reçoit encore d'autres limitations : il faut pour cela distinguer plusieurs espèces.

La première espèce est des fruits qui ont, à la vérité, été perçus par l'acheteur avant les offres du retrayant, mais qui étoient pendants et prêts à couper lors du contrat de vente sur lequel le retrait s'exerce. Il faut encore à cet égard distinguer deux cas. Le premier cas est lorsque ces fruits n'ont pas été vendus à l'acheteur pour un prix séparé. En ce premier cas, soit que le contrat porte expressément que l'héritage est vendu avec les fruits qui y sont pendants, soit qu'il n'ait été fait aucune mention desdits fruits, l'acheteur doit rendre au retrayant ces fruits, s'ils sont encore existants et en sa possession; sinon il doit faire raison du prix desdits fruits au retrayant, en faisant déduction au retrayant du prix desdits fruits, sur celui du contrat qui doit lui être remboursé par le retrayant; à la charge par le retrayant, en l'un et en l'autre cas, de tenir compte des frais faits par l'acheteur pour la récolte et la conservation desdits fruits. C'est ce que décide Dumoulin, *in Cons. Par.* §. 20, *gl.* 1, *n.* 77, dans le cas du retrait féodal, qui est semblable à cet égard à celui du retrait lignager : *Cùm sit unica venditio et unicum pretium, debet patronus, refuso toto pretio illos fructus habere, si exstant; vel, si jam sint per emptorem consumpti, eorum æstimationem de pretio dedu-*

cere; deductis semper impendiis collectionis et conservationis fructuum.

La raison de cette décision est évidente: ces fruits, qui lors du contrat de vente étoient pendants et prêts à être coupés, sont entrés en considération dans le marché qui a été fait de l'héritage, et en ont augmenté le prix. Ils font donc partie de ce qui a été vendu; et si l'acheteur qui est remboursé par le retrayant du prix entier du marché retenoit ces fruits, il auroit tout à-la-fois et la chose et le prix.

Si les fruits qui étoient pendants lors du contrat, étoient depuis péris par une grêle, un incendie, ou par quelque autre espèce de force majeure, soit avant, soit depuis la récolte, cette perte doit tomber sur le retrayant; et quoiqu'on ne puisse rien lui rendre desdits fruits, qu'on suppose entièrement péris par cet accident, il ne laisse pas de devoir rendre le prix entier du contrat, sans qu'il puisse prétendre qu'il lui soit fait aucune déduction pour le prix desdits fruits. La raison est, que le retrayant, par le retrait, prenant pour son compte le marché, il en doit supporter les pertes à la place de l'acquéreur sur qui il exerce le retrait, de même qu'il en a le bénéfice, et par conséquent il doit supporter la perte de ces fruits qui faisoient partie de ce marché. Ajoutez que, suivant ce que nous avons vu ci-dessus, la restitution des fruits qui étoient pendants lors du contrat, est due en nature au retrayant: or c'est un principe, en fait de dette de choses qui sont dues comme corps certains, que la perte qui en arrive tombe sur le créancier: *Res perit creditori.*

406. Le second cas est lorsque les fruits qui étoient pendants lors du contrat, ont été vendus pour un prix séparé de celui de l'héritage: en ce cas y ayant deux marchés, puisqu'il y a deux prix, et n'y ayant que le marché de l'héritage qui soit sujet au retrait, l'acheteur peut retenir les fruits. En vain opposeroit-on que quoique l'héritage et les fruits qui y étoient pendants aient été vendus pour des prix séparés, néanmoins l'acheteur n'ayant acheté les fruits que parcequ'il achetoit l'héritage, les deux marchés

ne doivent être considérés que comme un seul marché; car dans la vérité il y a deux marchés; et si l'on doit quelquefois, lorsque l'acheteur le demande, les regarder comme n'en faisant qu'un seul, ce n'est qu'en faveur de l'acheteur, et pour pourvoir à son indemnité. Or il peut ne pas user de ce qui n'est établi qu'en sa faveur. C'est ce qu'enseigne Dumoulin, *d. gl. n.* 80 : *Venditum est feudum*, dit-il, *fructibus maturis plenum*, *et certum est pretium pro illis distributum; utrùm patronus invito emptore possit etiam fructus retrahere? Dicendum quòd non; quia separata est venditio fructuum, ex quo pro illis certum pretium est taxatum.... Nec obstat quòd non est nisi una venditio, si emptor non erat empturus fructus sine fundo ; quia hoc est verum respectu ipsius emptoris, et in ejus favorem pro suo interesse, cui potest renuntiare.*

Cette décision n'a pas lieu lorsqu'il paroît de la fraude, et qu'on a estimé à un très bas prix les fruits pendants, pour grossir celui de l'héritage en fraude du retrait. Dans ce cas de fraude, on doit permettre au retrayant de retirer les fruits avec l'héritage; *Molin. d. gl. n.* 81.

407. La seconde espèce de fruits perçus par l'acheteur avant la demande en retrait, est de ceux pour la production desquels les semences et labours n'ont été faits que depuis le contrat de vente : il n'est pas douteux que ces fruits appartiennent entièrement à l'acheteur, sans que le retrayant puisse lui faire aucune déduction pour raison desdits fruits sur le prix du contrat qu'il doit lui rembourser. C'est principalement de cette espèce que doit s'entendre l'article 375 de notre coutume d'Orléans.

Néanmoins si par une clause du contrat de vente il étoit convenu que l'acheteur auroit terme d'un an, ou auroit terme de deux ans pour le paiement du prix, sans être tenu pendant ce temps d'aucun intérêt, et que néanmoins il entreroit en jouissance dès le moment du contrat; comme en ce cas les années de jouissance accordées à l'acheteur seroient entrées en considération dans le marché, et en auroient augmenté le prix, le retrayant est bien fondé en ce

cas à faire, sur le prix entier du contrat dans lequel est entré celui desdites jouissances, déduction à l'acheteur du prix desdites jouissances; car l'acquéreur ayant eu ces jouissances, c'est lui qui en doit le prix.

408. La troisième espèce de fruits perçus par l'acheteur avant la demande en retrait, est de ceux qui n'étoient pas encore, à la vérité, lors du contrat de vente de l'héritage, pendants et prêts à couper, mais pour la production desquels les labours et semences avoient été faits avant le contrat. Ces fruits appartiennent à l'acheteur qui les a perçus avant la demande en retrait; mais comme les frais de labours et semences qui avoient été faits avant le contrat de vente sont entrés en considération dans le marché de l'héritage, et en ont augmenté le prix, une terre labourée et ensemencée étant d'un plus grand prix que si elle ne l'étoit pas, le retrayant sera bien fondé à faire à l'acheteur, sur le prix du contrat qu'il doit lui rembourser, déduction de celui des labours et semences, qui est entré dans ce prix; car c'est celui qui a les fruits qui doit supporter les frais de labours et semences.

409. La quatrième espèce de fruits perçus avant la demande en retrait, est de ceux qui étoient la production de plusieurs années courues avant le contrat de vente. *Finge.* Il dépendoit de l'héritage qui a été vendu, un bois taillis qu'il est d'usage dans le pays de couper tous les dix ans. Lors du contrat ce bois étoit âgé de huit ans; l'acheteur n'ayant pas fait ce qui est requis pour faire courir l'an du retrait, la demande en retrait n'a été donnée qu'après plus de deux ans depuis le contrat, et après que l'acheteur a perçu la coupe de ce bois. Il est évident en ce cas que le prix des feuilles dont le bois étoit âgé lors du contrat de vente de l'héritage, est entré en considération dans le marché, et en a augmenté le prix. C'est pourquoi l'acheteur qui a perçu la coupe entière doit souffrir que, sur la restitution qui doit lui être faite par le retrayant du prix du contrat, il lui soit fait déduction, par le retrayant, du prix de ces feuilles qui est entré dans le prix du contrat;

sans cela il se trouveroit avoir tout à-la-fois et la chose et le prix, ce que l'équité ne permet pas.

410. Il nous reste à voir quand les fruits sont censés perçus. Ceux que la terre produit, soit naturels, soit industriels, sont censés être perçus aussitôt qu'ils ont été séparés de la terre, quand même ils seroient encore sur le champ, et n'auroient pas encore été enlevés. C'est pourquoi, si la demande en retrait n'a été donnée qu'après que les avoines ont été fauchées, quoiqu'elles fussent encore sur le champ lors de la demande, ces avoines appartiendront à l'acquéreur, comme ayant été perçues avant la demande.

411. A l'égard des fruits civils, il faut distinguer leurs différentes espèces. Les fermes des biens de campagne étant dues par les fermiers pour les fruits qu'ils recueillent, ces fermes sont dues et acquises lorsque les fruits ont été recueillis par le fermier, quoique le terme qui lui est accordé pour le paiement de la ferme ne soit pas échu. C'est pourquoi, si la demande en retrait pour une métairie de Beauce est donnée à la fin d'août, après la récolte finie, les fermes appartiendront en entier à l'acquéreur, quoique par la loi du bail elles ne dussent être payées qu'à la Toussaint, à Noël et à Pâques.

Si la demande en retrait a été donnée durant la récolte, l'acquéreur aura une part dans la ferme, à proportion de ce qu'on estimera qu'il y avoit déja de fruits coupés le jour de la demande. Par exemple, si l'on estime qu'au temps de la demande en retrait la récolte étoit déja faite au tiers, l'acheteur aura le tiers de la ferme, et le retrayant les deux autres tiers.

412. Ce principe, que les fermes dues pour raison des fruits coupés avant la demande en retrait, appartiennent à l'acheteur, reçoit quelques exceptions ou limitations.

La première est, lorsque la récolte pour laquelle la ferme est due, et qui a été faite avant la demande en retrait, étoit imminente lors du contrat de vente de l'héritage; en ce cas la ferme qui devoit être due bientôt pour cette récolte, étant entrée en considération dans le marché de

l'héritage dont elle a augmenté le prix, et faisant en conséquence partie de ce qui a été vendu par le marché, elle doit appartenir au retrayant.

La seconde est lorsque les fruits qui ont été coupés avant la demande en retrait, et pour la récolte desquels la ferme est due, sont la production d'un certain nombre d'années, dont plusieurs étoient écoulées au temps du contrat de vente de l'héritage : la ferme qui devoit être due par la suite pour lesdits fruits, est entrée, lors du marché, en considération pour raison des années qui étoient écoulées, et elle en a augmenté le prix ; elle fait, pour raison desdites années, partie de ce qui a été vendu. C'est pourquoi le retrayant qui rembourse le prix entier du contrat à l'acheteur, doit avoir une part dans la ferme de ces fruits, au prorata des années écoulées avant le contrat de vente.

La troisième est lorsque, par une clause du contrat de vente, il a été accordé terme d'un an ou de plusieurs années pour le paiement du prix, et néanmoins convenu que l'acheteur entreroit dès le temps du contrat en jouissance de l'héritage, sans payer aucuns intérêts pour le temps du terme : en ce cas les années de jouissance accordées à l'acheteur pendant le temps du terme, étant entrées en considération dans le marché, dont elles ont augmenté le prix, et faisant partie de ce qui a été vendu, les fermes échues pendant ce temps, quoique avant la demande en retrait, doivent appartenir au retrayant qui rend à l'acheteur le prix entier du marché.

413. A l'égard des loyers de maison et des arrérages de rentes foncières à prendre sur quelque héritage que ce soit, ils se comptent de jour à jour; ils appartiennent à l'acheteur pour le temps qui s'est écoulé depuis le contrat, jusqu'à la demande en retrait; sauf dans le cas de la troisième exception mentionnée au nombre précédent. Par exemple, si pour une maison dont les loyers se payent aux termes de Saint-Jean et de Noël, la demande en retrait a été donnée quinze jours après la Saint-Jean, l'acquéreur aura, dans le terme de Noël qui suit la demande, une por-

tion pour le temps de quinze jours qui sont courus de ce terme avant la demande en retrait, c'est-à-dire, une douzième portion.

A l'égard du temps couru avant le contrat de vente, les loyers et arrérages pour raison de ce temps appartiennent au vendeur, à moins que par le contrat ils n'aient été cédés à l'acheteur; et comme en ce cas ils font partie de ce qui est vendu, ils doivent pour ce temps appartenir au retrayant.

414. A l'égard des fruits civils casuels, ils sont acquis lorsqu'ils naissent. C'est pourquoi les profits de fief appartiennent à l'acquéreur, si les ventes ou les mutations qui y donnent ouverture sont arrivées avant la demande: pareillement les amendes et les confiscations lui appartiennent, si le jugement a été rendu avant la demande.

Quelques auteurs néanmoins ont prétendu que les amendes étoient dues au seigneur de justice du jour du délit, et qu'en conséquence dans le retrait d'une seigneurie, si le délit a été commis avant la demande en retrait, l'amende ne peut être prétendue par le retrayant; mais elle appartient à l'acquéreur, quoique la condamnation de l'amende ne soit intervenue que depuis la demande en retrait. Leur raison est, que c'est par le délit que celui qui le commet contracte l'obligation de l'amende, et non par le jugement de condamnation, qui ne fait que déclarer qu'il est débiteur; c'est l'avis de Tiraqueau, *Traité du retrait conv.*, §. 5, *gl.* 4, *n.* 22 *et seq.* L'opinion contraire me paroît plus plausible; celui qui commet un crime se rend bien, en le commettant, digne de l'amende, de même que de toutes les autres peines que mérite son crime; mais il n'est débiteur que du jour que cette peine lui est infligée par un jugement de condamnation: c'est le jugement qui fait acquérir au seigneur justicier le droit de l'exiger. Ce n'est donc que du jour de ce jugement qu'est né ce fruit civil de la justice. Avant ce jugement le délit ne peut faire considérer l'amende dont s'est rendu digne celui qui l'a commis, que tout au plus comme un fruit semé et comme un germe.

Quelques auteurs ont distingué entre les amendes qui sont laissées à l'arbitrage du juge, et celles qui sont déterminées par la loi. Mais je pense que, même à l'égard de celles-ci, le droit de les exiger n'est acquis au seigneur que par le jugement de condamnation : jamais personne ne s'avisera de dire qu'une personne qui a commis un délit est obligée, sans être poursuivie, d'aller payer au seigneur justicier l'amende que mérite son délit; ce qu'il faudroit néanmoins dire si la dette de l'amende étoit contractée par le délit.

§. III. Du trésor trouvé dans l'héritage.

415. Lorsque l'acquéreur a trouvé un trésor dans l'héritage sujet au retrait, avant la demande, doit-il rendre au retrayant la partie du trésor que les lois adjugent au propriétaire de l'héritage dans lequel il est trouvé? La raison de douter est, 1° que cet acquéreur, lors de la découverte du trésor, étoit le propriétaire du fonds; 2° que les fruits qui sont perçus avant la demande appartiennent à l'acquéreur, qui n'est point tenu de les rendre au lignager. La raison de décider que l'acquéreur ne peut retenir cette portion du trésor, et qu'il la doit rendre au retrayant, est que cette portion du trésor n'est pas un fruit de l'héritage; l. 7, §. 12, *solut. matrim.* C'est une espèce d'accessoire de l'héritage, cette portion étant acquise au propriétaire de l'héritage *jure quodam accessionis :* l'acquéreur qui n'avoit qu'un droit de propriété momentané dans l'héritage, n'a pu acquérir de même qu'un droit momentané dans cette portion du trésor, qui en est un accessoire, et en doit suivre la nature; et il doit rendre au retrayant l'héritage avec cet accessoire. C'est suivant ce principe qu'un mari, qui par le droit romain étoit propriétaire du fonds dotal durant le mariage, étoit néanmoins, lors de la dissolution du mariage, tenu de rendre à la femme, avec le fonds dotal, cette portion du trésor qui y avoit été trouvé durant le mariage, et par conséquent pendant le temps qu'il étoit propriétaire; *d.* §. 12. Ajoutez que l'obvention de ce trésor est une bonne

fortune et un bénéfice qui provient du marché de l'héritage; le retrayant qui prend le marché pour son compte et avec tous les risques, en doit aussi avoir tous les bénéfices.

§. IV. Des dégradations.

416. L'acquéreur est tenu de faire raison des dégradations survenues par sa faute dans l'héritage depuis qu'il en est entré en possession, jusqu'au délais qu'il en doit faire.

En cela l'acquéreur, à l'égard du retrayant, est différent d'un possesseur de bonne foi à l'égard du propriétaire. Celui-ci n'est tenu des dégradations par lui faites avant la demande, qu'autant qu'il en auroit profité; car tant qu'il a possédé de bonne foi, il n'a contracté aucune obligation envers le propriétaire de lui rendre l'héritage, ni par conséquent de le lui conserver: le propriétaire ne peut donc pas lui imputer de ne le lui avoir pas conservé, et de l'avoir dégradé; ce possesseur a pu abuser d'une chose dont il se croyoit propriétaire incommutable. Mais celui qui acquiert un héritage sujet à retrait, sait, ou doit savoir qu'il est sujet à retrait, et il contracte, en l'acquérant, l'obligation de le rendre à ceux des lignagers qui en voudront exercer le retrait, et par conséquent celle de le leur conserver; *Grimaudet*, IV, 36.

417. L'acquéreur est tenu non seulement des dégradations qui consistent dans quelque fait de sa part, comme s'il a arraché des vignes, abattu quelque édifice, etc.; il est tenu aussi de celles qui résultent de son défaut de soin. Lalande, sur notre coutume d'Orléans, est d'avis contraire. Les lois qu'il cite pour son avis, sont de l'espèce d'un possesseur de bonne foi à l'égard du propriétaire, et ne peuvent par conséquent recevoir d'application à l'acquéreur d'un héritage sujet à retrait, en ayant fait voir ci-dessus la différence.

418. De quelle espèce de faute à cet égard l'acheteur est-il tenu? M. R. pense qu'il est tenu *de levi culpâ*. J'aurois de la peine à me rendre à cet avis: je ne le crois tenu en-

vers le retrayant que de la faute grossière, *de latâ culpâ quæ dolo comparatur;* car le quasi-contrat d'où naît l'obligation de cet acquéreur envers le retrayant, est tout en faveur du retrayant; cet acquéreur ne reçoit rien du retrayant, et par conséquent il doit suffire, suivant les principes établis en notre Traité des obligations, *n.* 141, que l'acquéreur soit tenu envers ce retrayant *de dolo et latâ culpâ.* On peut pour cette décision tirer argument de la loi 22, §. 3, *ad Sc. Treb.*

En cela le retrait lignager diffère du droit de réméré; car à l'égard du droit de réméré, l'obligation que l'acheteur contracte de rendre l'héritage au vendeur lorsqu'il voudra le réméré, étant une obligation qui naît d'une clause du contrat de vente, qui est un contrat fait pour l'intérêt réciproque des deux parties, l'acheteur qui l'a contractée doit être tenu de la faute légère, suivant les principes établis en notre Traité des obligations, *ibidem.*

419. A la vérité, avant la demeure, l'acheteur n'est tenu envers les lignagers que *de latâ culpâ*; mais depuis qu'il a été constitué en demeure par une demande en retrait accompagnée d'offres valables, de quelque manière que l'héritage ait été depuis dégradé, à moins que ce ne soit par une force majeure que le retrayant eût également éprouvée, si l'héritage lui eût été délaissé aussitôt la demande, l'acquéreur est tenu d'en indemniser ce lignager. Car c'est un effet de la demeure, qu'elle oblige le débiteur à indemniser le créancier de toute la perte qu'elle lui cause, et qu'il n'eût pas sans cela soufferte, comme nous l'avons vu en notre Traité des obligations. Or, quelque légère que soit la faute par laquelle la détérioration de l'héritage est survenue depuis la demeure, le lignager est bien fondé à prétendre que sans la demeure il n'eût pas souffert cette perte, et qu'il n'auroit pas commis la faute qui l'a causée.

420. Lorsque le retrait s'exerce contre un tiers à qui l'acheteur sujet au retrait a revendu l'héritage, sans lui donner connoissance de la charge du retrait, ce tiers n'est pas personnellement tenu des dégradations qu'il a faites, igno-

rant la charge du retrait; et il l'est encore moins de celles faites par le premier acheteur qui le lui a vendu : c'est ce premier acheteur qui est personnellement tenu des unes et des autres; mais cela n'empêche pas que le retrayant ne puisse retenir sur le prix qu'il doit rembourser à ce tiers, le prix de ces dégradations, de même qu'il les retiendroit si le retrait s'exerçoit sur le premier acheteur, qui en est personnellement tenu : car ce tiers n'ayant droit au remboursement du prix qu'autant qu'il est aux droits de ce premier acheteur à qui il est dû, il ne doit pas plus recevoir que ne recevroit ce premier acheteur : *Qui alterius jure utitur, eodem jure uti debet.*

421. Il est défendu à l'acquéreur, non seulement de dégrader l'héritage sujet au retrait, mais même d'en changer la forme en quelque manière que ce soit; *Coutume de Paris, art.* 146; *Orléans*, 373. D'où il suit que si l'acquéreur a fait des changements, quoiqu'en mieux, comme s'il a fait de grandes croisées à des chambres au lieu de petites qui y étoient, le retrayant qui aime mieux, pour sa commodité, de petites croisées que de grandes, est en droit d'obliger l'acheteur à remettre les choses en l'état où elles étoient.

Si néanmoins la demande donnée par le retrayant pour le rétablissement des choses dans l'ancien état, contre l'acheteur qui les a changées en mieux, paroissoit donnée dans la vue de vexer l'acheteur, plutôt que pour aucun intérêt raisonnable, le juge n'y doit pas avoir égard.

422. On ne doit point regarder comme une dégradation dont l'acquéreur soit tenu, la moins-value des meubles et ustensiles d'un moulin qui ont été usés au service du moulin, dont l'acquéreur a joui jusqu'à la demande en retrait; car il avoit droit de s'en servir; *Grimaudet*, VIII, 2.

CHAPITRE XI.

De l'effet du retrait lignager

Nous établirons dans un premier article, des principes généraux sur l'effet du retrait lignager. Nous traiterons dans un second, de la résolution des droits d'hypothèques et autres imposés par l'acheteur, que le retrait opère. Dans le troisième, nous verrons si le retrayant est tenu de l'entretien des baux à ferme ou à loyer faits, soit par le vendeur, soit par l'acheteur sur qui le retrait est exercé. Nous traiterons dans le quatrième, des droits retenus dans l'héritage, ou par rapport à l'héritage; droits que le vendeur peut exercer contre le retrayant. Dans un cinquième, nous parlerons du profit dû par la vente sur laquelle le retrait a été exercé. Nous traiterons dans un sixième article, de la qualité de propre ou d'acquêt que l'héritage retiré par retrait lignager est censé avoir en la personne du retrayant, soit par rapport à la communauté conjugale, soit par rapport à sa succession et à celle de ses héritiers.

ARTICLE PREMIER.

Principes généraux sur l'effet du retrait lignager.

423. Le droit de retrait lignager étant, comme nous l'avons dit au commencement de ce traité, le droit de prendre le marché de l'acheteur étranger, et de devenir acheteur à sa place, il suit de là que l'effet du retrait lignager est que par le retrait tous les droits actifs résultants du contrat qu'avoit l'acheteur étranger, cessent en sa personne, et passent en celle du lignager retrayant.

De là il suit que l'acheteur sur lequel le retrait s'exerce, cesse, par le retrait, d'avoir un titre pour retenir l'héritage; et il est en conséquence obligé de le délaisser au

retrayant, en la personne duquel la loi transfère le titre en vertu duquel cet acheteur le possédoit.

Il ne laisse pas néanmoins d'en être propriétaire, jusqu'à ce qu'il l'ait effectivement délaissé au retrayant; car ordinairement le domaine des choses ne passe d'une personne à l'autre que par la tradition. La propriété de l'héritage retiré ne peut donc passer de la personne de l'acquéreur qui l'a une fois acquise, en celle du retrayant, que par le délais que lui en fera cet acquéreur.

424. De là il me paroît suivre que lorsque l'acquéreur est mort dans l'année du retrait, avant aucune demande en retrait donnée contre lui, laissant un héritier aux meubles, et un autre héritier aux acquêts immeubles, le prix du retrait exercé sur l'héritier aux acquêts doit appartenir à cet héritier aux acquêts, et ne peut être prétendu par l'héritier aux meubles; car on ne peut pas dire que ce soit la somme qui est remboursée par le retrayant, qui se soit trouvée dans la succession de l'acquéreur: c'est l'héritage qui s'y est trouvé, auquel a succédé son héritier aux acquêts. Comme c'est sur lui que le retrait s'exerce, et que c'est lui qui a succédé à l'héritage sujet au retrait, c'est à lui que le prix du retrait doit appartenir. Tiraqueau, *ad fin. tit. n.* 14, et son fidèle disciple Grimaudet, VIII, 24, sont d'avis contraire. Les raisons de Tiraqueau sont, que le retrait, comme nous le verrons au numéro suivant, détruit dans la personne de l'acquéreur l'achat que cet acquéreur a fait de l'héritage, et transfère cet achat dans la personne du retrayant, qui est censé l'avoir acheté directement du vendeur: l'acheteur est donc censé n'avoir ni acheté ni acquis l'héritage, et avoir payé le prix non pour lui, mais pour le retrayant: d'où Tiraqueau conclut qu'il doit être censé n'avoir pas laissé dans sa succession l'héritage, mais la créance pour la répétition du prix contre le retrayant, laquelle créance étant une créance mobiliaire, doit appartenir à son héritier au mobilier. La réponse est, qu'il est vrai que le retrait fait passer l'achat que l'acquéreur a fait de l'héritage en la personne du retrayant, et que

le retrayant est censé avoir acheté l'héritage directement du vendeur. Mais quoiqu'il soit vrai de dire que le retrayant est censé avoir acheté l'héritage directement du vendeur, on ne peut pas pour cela dire que l'héritage soit passé de la personne du vendeur directement en celle du retrayant. C'est comme dans la matière des substitutions : quoique le substitué soit censé tenir directement du testateur les biens substitués, néanmoins ces biens ne passent pas directement de la personne du testateur en celle du substitué; ils n'y passent que par le canal du grevé, qui en demeure le propriétaire jusqu'à l'ouverture de la substitution. Pareillement, quoique le retrayant soit censé acheter l'héritage directement du vendeur, néanmoins cet héritage ne passe pas directement de la personne du vendeur en celle du retrayant; il ne passe au retrayant que par le canal de l'acheteur sur qui il a exercé le retrait : jusqu'au retrait cet acheteur en est véritablement propriétaire; et par conséquent, lorsqu'il meurt avant qu'on l'ait exercé sur lui, il le laisse dans sa succession à son héritier aux acquêts immeubles. L'héritier aux meubles ne peut pas prétendre avoir succédé à la créance contre le retrayant pour le remboursement du prix et des loyaux coûts; car l'acheteur n'a pu en mourant transmettre à cet héritier une créance qu'il n'avoit point, et même qui n'existoit pas encore. Ce n'est que par le retrait que se forme cette créance; ce n'est qu'en exerçant le retrait que le retrayant contracte l'obligation de rembourser le prix et les loyaux coûts de l'acquisition; et c'est envers celui sur qui il exerce le retrait qu'il la contracte : d'où il suit que lorsque le retrait n'est exercé que depuis la mort de l'acheteur, le retrait n'ayant pas été en ce cas exercé sur l'acheteur, c'est envers cet héritier aux immeubles que la dette du remboursement du prix et des loyaux coûts est contractée, et qu'elle ne l'a point été envers le défunt acheteur, qui n'a pu par conséquent la transmettre à son héritier aux meubles.

La question paroît plus difficile lorsque l'acheteur n'est mort que depuis la demande en retrait donnée contre lui,

et les offres à lui faites de le rembourser du prix, loyaux coûts et mises. Je serois porté à croire que, même en ce cas, pourvu que, lors de la mort de l'acheteur, le retrait n'eût encore été ni reconnu par l'acheteur, ni adjugé par sentence, le remboursement du prix, des loyaux coûts et mises doit appartenir à l'héritier aux acquêts immeubles, contre qui le retrayant doit reprendre l'instance et faire adjuger le retrait. L'héritier au mobilier ne le peut prétendre; car les simples offres qui ont été faites à l'acheteur n'ont pu lui donner de droit, et le rendre créancier des sommes dont on lui offroit le remboursement, que par l'acceptation qu'il auroit faite desdites offres, ou par un jugement de condamnation : d'où il suit qu'étant mort avant le retrait adjugé ou reconnu, et par conséquent avant qu'il fût devenu créancier des sommes offertes par le retrayant, il n'a pu en transmettre la créance dans sa succession; et elle ne peut par conséquent être prétendue par son héritier aux meubles. On m'a opposé que la condamnation a un effet rétroactif à la demande; que le délais de l'héritage qui est fait au demandeur en retrait après la mort de l'acheteur, doit être censé lui avoir été fait dès le temps de sa demande, et du vivant de l'acheteur; que cet acheteur n'a pu par conséquent le transmettre dans sa succession, et qu'il n'a pu y transmettre autre chose que le droit qu'il a d'être remboursé du prix, des loyaux coûts et mises. Ma réponse est, que la maxime opposée n'est établie qu'en faveur du demandeur : ce n'est qu'en sa faveur que le délais de l'héritage est censé lui avoir été fait du jour qu'il a été demandé, en ce sens qu'on doit lui faire raison des fruits depuis la demande, et de tout ce qu'il auroit eu si le délais lui eût été fait aussitôt qu'il l'a demandé : ce qui est fondé sur cette raison, qu'il ne doit pas souffrir de la demeure injuste en laquelle a été le défendeur de satisfaire à sa demande. Mais cette maxime établie en faveur du demandeur ne peut être appliquée, dans cette espèce, aux différents héritiers du défendeur à la demande en retrait, puisque ce n'est pas pour eux qu'elle a été établie.

Lorsque l'acheteur contre qui la demande en retrait a été donnée n'est mort qu'après le jugement de condamnation, ou même seulement après avoir reconnu le retrait, quoique le délais de l'héritage n'eût pas encore été fait; en ce cas, c'est à son héritier au mobilier que le remboursement du prix, des loyaux coûts et mises doit être fait; le droit en ayant été acquis au défunt par le jugement, ou par l'acceptation qu'il a faite des offres par sa reconnoissance du retrait, il l'a transmis à son héritier aux meubles.

425. De ce que le retrait est le droit de prendre le marché de l'acheteur sur qui il est exercé, il suit de là que le retrayant est censé tenir et avoir acheté directement du vendeur l'héritage par lui retiré, et non de l'acheteur sur qui il a exercé le retrait, quoique ce soit par l'interposition de la personne de cet acheteur que la propriété de l'héritage a passé de la personne du vendeur en la sienne.

Il suit de là que le retrayant n'ayant pas pour auteur l'acheteur sur qui il a exercé le retrait, mais ayant pour auteur le vendeur de qui il est censé avoir acheté l'héritage à la place de l'acheteur sur qui il a exercé le retrait, il n'est point tenu des droits d'hypothéques et autres qui auroient été imposés par l'acheteur avant le retrait sur l'héritage, lesquels s'éteignent par le retrait. Nous traiterons en particulier de cet effet du retrait en l'article suivant.

426. De ce que le retrayant est censé avoir acheté, non de celui sur qui il exerce le retrait, mais du vendeur, il suit aussi que si le retrayant souffroit éviction de l'héritage qu'il a retiré, il n'auroit contre l'acheteur sur qui il a exercé le retrait, aucune action de garantie, ni aucune répétition du prix qu'il lui a remboursé; mais il auroit contre le vendeur la même action de garantie qu'auroit eue cet acheteur si ce fût lui qui eût souffert l'éviction, étant par le retrait subrogé à tous les droits de cet acheteur, résultants du contrat de vente.

427. Il suit de là que l'acheteur peut exercer contre le vendeur toutes les actions résultantes du contrat de vente, qu'auroit pu exercer l'acheteur sur qui il a exercé le retrait,

sans qu'il soit besoin qu'il ait de lui aucune cession desdites actions; car le retrait, en faisant le retrayant acheteur à la place de celui sur qui le retrait est exercé, fait de plein droit passer toutes ces actions de sa personne en celle du retrayant.

428. Il sembleroit que toutes les obligations contractées dans le contrat de vente par l'acheteur sur qui le retrait est exercé, devroient pareillement cesser en sa personne, et passer en celle du retrayant. Néanmoins nous avons vu ci-dessus, que cet acheteur n'en étoit pas par le retrait libéré à l'égard du vendeur envers qui il les avoit contractées, mais qu'il en devoit être seulement indemnisé par le retrayant; *Voyez suprà*, *n.* 300.

429. Le retrait n'ayant d'autre effet que de subroger le retrayant aux droits de l'acheteur sur qui le retrait est exercé, il suit de là que le retrayant ne peut avoir plus de droit dans l'héritage retiré, ni par rapport à cet héritage, que n'en avoit cet acheteur; et conséquemment que toutes les actions résultantes des droits retenus par le vendeur dans l'héritage, ou par rapport à l'héritage, qui auroient pu être exercés par le vendeur contre cet acquéreur, peuvent l'être contre ce retrayant. Nous en traiterons en particulier dans l'article troisième.

430. Il suit encore de ce qui a été dit ci-dessus, que lorsqu'un héritage est retiré par retrait lignager, il n'y a pas deux ventes, mais une seule, qui a d'abord été faite à l'étranger sur qui le retrait est exercé, et ensuite au lignager qui par le retrait est subrogé à cet étranger, et devient acheteur à sa place; d'où il suit que l'héritage ne donne lieu qu'à un seul profit. Nous parlerons de ce profit en l'article quatrième.

431. L'effet du retrait étant d'éteindre l'acquisition que l'acheteur étranger, sur qui le retrait est exercé, avoit faite de l'héritage, pour la faire passer au retrayant, il s'ensuit qu'on doit faire revivre les droits réels que l'acheteur avoit avant le contrat de vente dans l'héritage, tels qu'un droit de rente foncière, un droit de servitude, etc., dont il s'é-

toit fait confusion par l'acquisition qu'il en avoit faite ; car l'acquisition que l'acheteur a faite de l'héritage, étant la cause qui a produit la confusion et l'extinction desdits droits, cette acquisition de l'héritage étant détruite par le retrait, la confusion et l'extinction desdits droits qui étoient l'effet de cette cause, doivent pareillement être détruites, l'effet ne pouvant avoir plus d'étendue que la cause. C'est pourquoi il n'est pas douteux que le retrayant sera tenu de souffrir les servitudes que l'acquéreur sur qui il exerce le retrait, avoit sur l'héritage avant que de l'acquérir, et qu'il sera tenu des rentes foncières dont l'héritage étoit chargé envers cet acquéreur avant son contrat d'acquisition.

Dumoulin, *in Cons. Par.* §. 20, *gl.* 5, *n.* 41, apporte une exception à cette décision, qui est que si par le contrat de vente les droits réels qu'avoit l'acquéreur dans l'héritage avoient été estimés à une certaine somme, qui lui eût été passée par le contrat en déduction du prix total de l'héritage, ces droits, en cas de retrait, ne doivent pas revivre ; mais le retrayant doit être tenu de rembourser à l'acquéreur la somme à laquelle par le contrat les droits de l'acquéreur ont été estimés, et qu'on lui a passés en déduction sur le prix de l'héritage. La raison est, que cette estimation renferme une vente que cet acquéreur a faite au vendeur des droits qu'il avoit dans l'héritage, pour le prix de cette somme qu'il a reçue en compensation du prix qu'il devoit; que le retrait qui fait passer l'achat de l'héritage de la personne de l'acquéreur en celle du retrayant, ne détruit pas cette vente que l'acheteur a faite des droits qu'il avoit dans cet héritage : d'où il suit que le retrait ne doit pas faire revivre ces droits, mais que celui sur qui le retrait est exercé, doit seulement être remboursé de cette somme qui lui étoit due pour le prix desdits droits, et qui, étant venue jusqu'à due concurrence en compensation et paiement du prix de l'héritage, doit lui être remboursée par le retrayant avec le surplus du prix dudit héritage.

Les annotateurs de Duplessis, *édition de* 1699, *page* 283,

rejettent cette limitation apportée par Dumoulin. On peut dire contre cette limitation, que l'acquéreur sur qui on exerce le retrait, ayant vendu les droits qu'il avoit sur l'héritage, par le même contrat par lequel il acquéroit l'héritage, ne les a vraisemblablement vendus que parcequ'il acquéroit l'héritage, et qu'il ne seroit pas indemne, si on l'obligeoit à recevoir la somme à laquelle a été portée l'estimation de ces droits, à la place desdits droits, qu'il n'eût pas voulu vendre, s'il n'eût compté avoir l'héritage.

Ajoutez qu'on pourroit, en fraude des retrayants, porter l'estimation de ces droits à une somme excessive : il n'y a personne de trompé en rétablissant les droits que l'acquéreur avoit dans l'héritage avant le contrat.

ARTICLE II.

De l'extinction des hypothèques et autres charges réelles imposées par l'acheteur sur l'héritage qui lui est retiré.

432. Nous avons déjà observé en passant, dans l'article précédent, qu'un des effets du retrait lignager étoit d'éteindre les droits d'hypothéques, et tous les autres droits réels que l'acheteur sur qui le retrait est exercé auroit accordés à des tiers sur cet héritage.

Les raisons sont, 1°. Suivant cette régle du droit et du bon sens, *Nemo potest plus juris in alium transferre quàm ipse haberet;* l. 54, ff. *de R. J.*, cet acheteur étranger sur qui l'héritage est retiré, et qui a imposé ces hypothéques et autres charges sur cet héritage, n'a pu donner à ceux au profit de qui il les a imposées, un droit plus fort dans cet héritage que celui qu'il avoit lui-même : d'où il suit que le droit de propriété de cet héritage qu'avoit cet acheteur, étant un droit qui étoit sujet à se résoudre par le retrait lignager, en cas qu'on l'exercât sur lui, tous les droits d'hypothéques et autres droits réels qu'il a accordés à des tiers sur cet héritage, devoient pareillement être sujets à se résoudre par le retrait. 2° Le droit de l'acquéreur qui a imposé ces charges venant à se résoudre sans son fait, elles

doivent pareillement se résoudre, suivant la maxime, *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis*, qui n'est que la suite de la régle rapportée ci-dessus. 3° Le retrayant n'acquérant pas de celui sur qui il exerce le retrait, ne l'ayant pas pour son auteur, ne peut être tenu des charges qu'il a imposées.

433. Observez qu'il n'y a que les hypothéques imposées sur l'héritage par l'acquéreur, qui soient éteintes par le retrait. Mais si un créancier de l'acquéreur, qui a prêté de l'argent à l'acquéreur pour payer le prix dû au vendeur, étoit subrogé à l'hypothéque du vendeur, le retrait ne lui feroit pas perdre cette hypothéque, qui n'ayant pas été imposée par l'acheteur, mais retenue par le vendeur dans l'aliénation de l'héritage, subsiste nonobstant le retrait; *Arrêt cité dans les notes marginales sur le chapitre quatrième de Duplessis.*

434. Suivant ces principes, quand même les créanciers de l'acheteur auroient saisi réellement, avant la demande en retrait, l'héritage sujet au retrait, cette saisie réelle n'empêcheroit pas les lignagers d'exercer le retrait contre l'acquéreur; et le retrayant, en faisant déclarer commun avec le saisissant et les opposans, le jugement d'adjudication de retrait qu'il auroit obtenu contre l'acquéreur saisi, devroit avoir main-levée de la saisie réelle. Mais quoique par le retrait les hypothéques des créanciers de l'acheteur s'éteignent, néanmoins de même que le droit de l'acheteur ne s'éteint qu'à la charge du remboursement du prix et des autres choses que la loi ordonne de rembourser, et que l'acheteur, lorsque l'héritage est en ses mains, n'est tenu de le délaisser au retrayant qu'autant que le retrayant aura satisfait à cet égard à ce que la coutume exige; de même lorsqu'au temps de l'adjudication du retrait l'héritage se trouve saisi par les créanciers et sous la main de la justice, les hypothéques du créancier saisissant et des créanciers opposants ne s'éteignent qu'à la charge par le retrayant de leur rembourser le prix et toutes les autres choses que la loi ordonne de rembourser à l'acheteur. Ce

n'est qu'à cette charge qu'ils sont obligés de donner main-levée de leur saisie, et de délaisser au retrayant l'héritage qu'ils tiennent sous la main de la justice.

435. Ce prix et tout ce qui doit être remboursé par le retrayant, doit être distribué entre ces créanciers suivant l'ordre de leurs priviléges et hypothéques; car ces créanciers étant censés tenir sous la main de la justice, chacun selon l'ordre de leurs priviléges et hypothéques, l'héritage saisi, ils doivent recevoir dans le même ordre ce qui est payé par le retrayant pour les obliger à le lui délaisser. Il en doit être du cas auquel on exerce le retrait d'un héritage pendant qu'il est saisi réellement, comme de celui auquel une rente constituée est rachetée par le débiteur pendant qu'elle est saisie réellement : de même qu'en ce cas le prix du rachat se distribue par ordre d'hypothéques entre les créanciers saisissants et opposants, quoique par le rachat et l'extinction de la rente, les hypothéques de ces créanciers s'éteignent; de même dans le cas du retrait, les deniers qui doivent être remboursés par le retrayant, doivent se distribuer par ordre d'hypothéques entre les créanciers saisissants et opposants, quoique par le retrait les hypothèques qu'ils avoient sur l'héritage retiré s'éteignent.

436. Supposons maintenant que l'héritage qui a été retiré par le retrait lignager, n'ayant pas été saisi par les créanciers de l'acheteur, c'est à cet acheteur que le remboursement a été fait : il n'est pas douteux que ceux qui ont perdu par le retrait les droits réels que l'acheteur leur avoit accordés, et qui les avoient acquis de lui à titre onéreux, ont contre lui, ou une action de garantie *in id quod interest*, s'il ne leur avoit pas fait connoître que l'héritage étoit sujet à retrait; ou du moins, s'il le leur avoit fait connoître, une action en répétition du prix qu'ils lui ont payé pour les acquérir.

Il y a plus de difficulté dans le cas auquel il leur auroit accordé ces droits à titre de donation, qui est un titre qui ne donne pas lieu à la garantie. Par exemple, supposons

que l'acquéreur d'un héritage sujet à retrait, m'ait fait donation d'un droit de pâturage sur cet héritage : l'héritage ayant été depuis retiré sur lui par le retrait lignager, je demande part dans le prix remboursé par le lignager, à proportion de mon droit de pâturage. Je me fonde sur ce que l'acquéreur, en m'accordant ce droit, a diminué son droit de propriété et de domaine de son héritage. Son droit n'est plus un *dominium integrum* de l'héritage; il m'a transféré une partie de ce qui composoit son domaine en me donnant ce droit de pâturage : le prix entier de cet héritage qui lui a été remboursé par le retrayant ne doit donc pas lui appartenir en entier; j'en dois avoir une partie à proportion du droit de pâturage que j'ai dans cet héritage, et il faut pour cet effet faire une ventilation.

D'un autre côté, on peut dire pour l'acheteur, qu'en accordant ce droit, il n'a entendu me le donner que dans le cas et sous la condition que l'héritage lui demeureroit, et ne seroit pas retiré par les lignagers, et qu'il n'a pas entendu s'obliger à me faire part de ce qu'il auroit à recevoir du retrayant en cas de retrait. Cette seconde opinion me paroît être la plus plausible.

ARTICLE III.

Si le retrayant est tenu de l'entretien des baux à ferme ou à loyer faits par le vendeur ou par l'acheteur.

437. Le retrayant étant par le retrait subrogé au marché fait par l'acheteur étranger, il est censé avoir acquis l'héritage aux mêmes clauses et conditions que cet acheteur. C'est pourquoi si par le contrat de vente l'acheteur n'a pas été chargé de l'entretien des baux à ferme ou à loyer faits par le vendeur à des tiers, le retrayant n'en sera pas chargé; au contraire si l'acheteur en a été chargé par le contrat de vente, le retrayant en sera pareillement chargé.

438. Si c'étoit l'acheteur qui, au temps du contrat de vente, étoit le fermier ou locataire de l'héritage, le retrayant seroit-il obligé d'entretenir le bail à ferme ou à

loyer qui lui auroit été fait avant le contrat de vente, pour le temps qui en reste à expirer? La raison de douter est, que ce bail à ferme ou a loyer a été détruit par l'acquisition que ce fermier ou locataire a faite de l'héritage, *Quùm rei suæ condictio esse non possit :* d'où il suit qu'on ne peut pas dire que l'entretien de ce bail soit une des clauses ou conditions du marché auquel le retrayant est subrogé. Néanmoins je pense que si le bail a été fait sans fraude, et avant que les parties eussent eu dessein de faire le contrat de vente qui est intervenu entre elles, le retrayant doit entretenir ce bail. La raison est, que l'acheteur sur qui le retrait est exercé, doit être indemnisé par le retrayant de tout ce qu'il lui en a coûté pour acheter l'héritage dont on exerce le retrait, *generaliter quantùm abest.* Or cette acquisition lui coûte la perte des droits du bail à ferme ou à loyer qui lui avoit été fait de cet héritage avant qu'il l'eût acquis; il doit donc être indemnisé par le retrayant de cette perte; et comme le retrayant doit indemniser l'acquéreur de la manière la plus parfaite qu'il lui est possible de le faire, et qu'il n'y a pas de manière plus parfaite de l'indemniser de cette perte, qu'en faisant revivre ce bail pour le temps qui en resteroit si l'acquéreur n'eût pas fait l'acquisition; le retrayant doit être obligé envers l'acheteur sur qui il exerce le retrait, à le faire revivre pour ledit temps.

Si le bail à ferme ou à loyer avoit été fait à l'acheteur peu avant le contrat d'acquisition, le bail seroit présumé fait en fraude du retrait, et dans la vue d'en rendre la condition plus onéreuse : c'est pourquoi le retrayant ne seroit pas obligé de l'entretenir. Les coutumes du Maine, *art.* 433, et de Bourbonnois, *art.* 477, en ont une disposition, qui, étant fondée sur une raison évidente d'équité, doit être observée par-tout. Celle de Bourbonnois ajoute : « Autre « chose seroit, si par après la moitié du temps de la ferme, « le fermier achetoit la terre à lui acensée, de manière « qu'il n'y eût présomption de fraude; car en ce cas le li- « gnager sera tenu entretenir ledit fermier en sa ferme; »

ce qui confirme notre décision précédente. Je penserois que dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, il suffiroit que le bail eût précédé d'une année l'acquisition, pour qu'il ne fût pas suspect de fraude, à moins qu'il n'y eût d'autres circonstances qui la fissent présumer.

439. A l'égard des baux faits par l'acheteur, il y en a qui pensent que l'acheteur ne pouvant rien innover pendant l'an du retrait, il ne peut faire de baux au préjudice du retrait, et que le retrayant n'est pas obligé de les entretenir. C'est l'avis de Duplessis, *Traité des retraits*, *chap.* 4; de Brodeau, sur l'*art.* 146 de Paris, *n.* 4. J'accorde qu'il n'en peut faire par anticipation; mais lorsque la fin du temps de ceux qui subsistent est imminente, et que l'acquéreur ne peut se passer de faire de nouveaux baux, s'il les a faits de bonne foi, sans deniers d'entrée, et pour le temps pour lequel on a coutume de faire les baux, il me paroît que le retrayant, pour l'indemnité de l'acheteur, doit les entretenir. C'est l'avis de Balde, cité par Tiraqueau dans l'espèce du retrait conventionnel. Il dit pour raison que le vendeur, en différant d'exercer son droit de réméré, permet à l'acheteur de jouir en attendant, et que la permission de jouir renferme celle d'affermer; un acquéreur ne devant pas être contraint à jouir par ses mains, ce qui souvent ne lui seroit pas possible.

ARTICLE IV.

Des droits retenus dans l'héritage, ou par rapport à l'héritage, que le vendeur peut exercer contre le retrayant.

440. Nous avons déjà observé ci-dessus (*article premier*, *n.* 429), que le retrayant prenant le marché de l'acheteur sur qui il exerçoit le retrait, ne pouvoit pas acquérir plus de droit dans l'héritage que n'en avoit acquis cet acheteur, et qu'il étoit en conséquence sujet aussi bien que lui à toutes les actions que le vendeur auroit pu exercer contre l'acheteur; mais on peut douter s'il en est toujours tenu de la même manière, sur-tout quant à l'objet de la restitution des fruits.

Par exemple, lorsque l'acquéreur sur qui le retrait a été exercé avoit acheté l'héritage d'un mineur, il n'est pas douteux que le retrayant doit être sujet à l'action rescisoire qu'a le vendeur pour rentrer dans l'héritage qu'il a vendu en minorité : mais sera-t-il sujet à la restitution des fruits sous la déduction des intérêts du prix dont le mineur a profité, comme l'acheteur y eût été sujet, suivant la loi 24, §. 4, ff. *de minor.*? La raison de douter est, qu'encore bien que le retrayant soit subrogé acheteur à la place de celui sur qui il a exercé le retrait, néanmoins il y a une différence entre eux : celui qui a acheté du mineur ne peut se prétendre possesseur de bonne foi; il a acheté d'un mineur qu'il savoit n'avoir pas droit de vendre : il est en faute d'avoir acheté de lui; il ne peut donc pas retenir les fruits que les lois n'accordent qu'aux justes possesseurs. Au contraire le retrayant est un juste possesseur; car son parent mineur ayant vendu son héritage propre, ce retrayant, dans l'incertitude si le vendeur reviendroit ou non contre cette vente, a eu un juste sujet d'en exercer le retrait, pour conserver l'héritage à la famille; il doit donc retenir les fruits qu'il a perçus. Nonobstant cette raison, il faut décider qu'il n'a pas plus de droit de les retenir que celui sur qui il a exercé son retrait. La raison est, que s'étant, par le retrait, rendu acheteur à la place de celui sur qui il l'a exercé, il s'est chargé en sa place de toutes les obligations auxquelles il n'a pu ignorer que cet acheteur étoit sujet à cause de son acquisition. Or, le retrayant sachant que l'acquéreur sur qui il exerçoit le retrait, avoit acheté d'un mineur, n'a pu ignorer l'obligation contractée par cet acheteur de rendre l'héritage avec les fruits, lorsqu'il plairoit au mineur d'y rentrer, et par conséquent il est chargé en sa place de cette obligation.

441. Cette raison cesse dans le cas auquel l'acquisition de celui sur qui le retrait auroit été exercé, auroit un vice que le retrayant a ignoré. Supposons, par exemple, que cet acquéreur a acheté d'un majeur, mais qu'il a employé le dol ou la violence. On ne peut pas dire en ce cas que le

retrayant, qui ignoroit ce dol ou cette violence, ait entendu, en exerçant le retrait, se charger de l'obligation en laquelle étoit l'acheteur de restituer au vendeur l'héritage avec les fruits, puisque le retrayant ignoroit cette obligation. Le retrayant ne peut, à la vérité, se dispenser de rendre l'héritage au vendeur qui ne l'a pas valablement aliéné, le retrait n'ayant pas pu donner au retrayant dans cet héritage un droit de propriété que l'acheteur n'avoit pas; mais il semble qu'il ne doive pas être tenu de restituer les fruits qu'il en a perçus de bonne foi, ne s'étant pas, comme dans l'espéce précédente, chargé de cette obligation de l'acheteur sur qui il a exercé le retrait. Néanmoins il faut décider qu'il est tenu de la restitution de ces fruits; non pas, à la vérité, directement comme dans l'espéce de l'action rescisoire pour cause de minorité, mais indirectement, en ce qu'il est obligé de compter desdits fruits sous la déduction des intérêts du prix qu'a reçu le vendeur, et d'en souffrir la déduction pour l'excédant, sur la somme que lui rendra le vendeur pour le prix de l'héritage qu'il a reçu de l'acheteur. La raison est évidente. Lorsque le vendeur a fait rescinder la vente qu'il avoit faite de son héritage, il n'est débiteur, *condictione sine causâ*, du prix qu'il a reçu pour cette vente, qu'envers l'acheteur de qui il l'a reçu : le remboursement n'en est pas dû au retrayant de son chef, mais seulement en tant qu'il est aux droits de l'acheteur à qui il a remboursé ce prix. Le retrayant ne peut donc pas avoir plus de droit au remboursement de ce prix que n'en auroit l'acheteur, suivant la règle de droit, *Qui alterius jure utitur, eodem jure uti debet.* Or le vendeur ne doit à l'acheteur le remboursement de ce prix, que sous la déduction des fruits de l'héritage; le retrayant, qui ne fait qu'exercer à cet égard les droits de l'acheteur, ne peut donc le prétendre que sous cette déduction.

442. Observez en passant, que quoiqu'à la rigueur, dans les actions rescisoires, les fruits soient ordinairement dus au demandeur sous la déduction des fruits qu'il a touchés,

néanmoins très souvent les juges ordonnent la compensation de ces fruits avec les intérêts, pour éviter les discussions auxquelles la liquidation de ces fruits donneroit lieu; ce qu'on doit sur-tout observer lorsqu'il paroît qu'il ne doit pas y avoir une grande différence entre ces fruits et les intérêts.

ARTICLE V.

Des profits dus par la vente sur laquelle on a exercé le retrait.

443. Nous avons vu ci-dessus que le retrait ne renfermoit pas une seconde vente, et qu'il subrogeoit seulement le lignager retrayant à la place de l'acheteur sur qui le retrait est exercé, en le rendant acheteur en sa place. Or, si en cas de retrait il n'y a qu'une vente qui d'abord est faite à l'acheteur étranger, et qui ensuite se trouve être faite au lignager que le retrait met à la place de l'acheteur étranger, c'est une conséquence qu'il n'est dû qu'un seul profit; et c'est le contrat de vente qui le produit aussitôt que le contrat est parfait, et c'est l'acheteur étranger qui en est le débiteur. Mais comme ce n'est qu'en sa qualité d'acheteur qu'il est débiteur de ce profit, dès que par le retrait cette qualité d'acheteur cesse en sa personne, et passe en celle du retrayant, cet acheteur étranger cesse d'être débiteur de ce profit, et le retrayant en devient le débiteur en sa place.

444. De là il suit, 1° que le seigneur peut bien, avant le retrait, demander le profit à l'acheteur étranger; mais aussitôt que le retrait a été adjugé, il ne peut plus le demander à cet acheteur étranger, qui, en cessant d'être acheteur, a cessé d'en être le débiteur; il ne peut plus le demander qu'au retrayant, qui, en devenant l'acheteur, est devenu aussi le débiteur du profit.

445. Il n'en est pas de même de l'amende pour ventes recélées; amende que l'acheteur a encourue faute d'avoir notifié au seigneur de censive son acquisition dans le temps prescrit par les coutumes. Quoique le retrait soit exercé sur lui, il ne cesse pas d'être débiteur de cette amende; car le retrait détruit bien en sa personne l'achat qu'il a fait de l'héritage, pour lequel achat il devoit le profit; mais il ne

détruit pas son recel, et la faute qu'il a commise envers le seigneur : il n'en a pas même la répétition contre le retrayant, qui ne doit pas souffrir du délit ou quasi-délit de l'acheteur. Ainsi le décide Tiraqueau, §. 29, *gl.* 2, §. 9.

446. De ce que l'acquéreur sur qui le retrait s'exerce, cesse par le retrait d'être débiteur du profit, il suit, 2° que si le seigneur, avant le retrait, a donné contre l'acheteur une demande en paiement du profit, et fait des poursuites sur cette demande, et que, pendant le cours de ces poursuites, l'héritage ait été retiré, cet acheteur, en dénonçant au seigneur l'adjudication du retrait, doit être renvoyé de ces poursuites, sauf au seigneur à se pourvoir contre le retrayant : mais l'acheteur doit être condamné envers le seigneur aux dépens faits avant la dénonciation de l'adjudication du retrait ; car la demande du seigneur ayant été donnée contre cet acheteur dans un temps auquel cet acheteur étoit le débiteur du profit, elle a été bien donnée ; les poursuites faites sur cette demande ont été bien faites : l'acheteur en doit donc les dépens ; sauf que s'il les a dénoncées au retrayant, il doit être acquitté par le retrayant des dépens faits depuis la dénonciation.

447. De là il suit, 3° que si le seigneur, avant le retrait, a reçu de l'acheteur le profit, cet acheteur ne peut le répéter du seigneur ; car le profit que le seigneur a reçu lui étoit véritablement dû : mais il peut s'en faire rembourser par le retrayant.

448. De là naît une question. Lorsqu'un lignager qui, par le privilége de son office ou de sa dignité, est exempt des profits pour les acquisitions qu'il fait dans les mouvances du roi, exerce le retrait sur un acquéreur qui n'a pas un semblable privilége, et qui avoit déja payé le profit de son acquisition au fermier du domaine ; le retrayant qui a été obligé de le rembourser à l'acheteur, peut-il le répéter contre le fermier ? On peut dire pour le fermier, que si le profit n'avoit pas été payé, le fermier ne pourroit à la vérité s'en faire payer ni par l'acheteur, qui par le retrait a cessé d'être acheteur, ni par le retrayant, qui par son

privilége en est exempt; mais que le profit ayant été payé, le fermier qui l'a reçu dans un temps auquel ce profit lui étoit effectivement dû, ne peut être sujet à aucune répétition. Néanmoins il faut décider que le fermier doit en ce cas rendre le profit au retrayant privilégié. La raison est, que ce lignager privilégié devenant, par le retrait, acquéreur d'un héritage dans les mouvances du roi, doit jouir du privilége qu'il a d'être exempt de profit pour toutes ses acquisitions dans lesdites mouvances; qu'en ce cas, ayant été obligé de rembourser à celui sur qui il a exercé le retrait le profit qu'il a payé, il ne jouiroit pas de son privilège, s'il n'avoit pas la répétition contre le fermier: la vente pour laquelle ce fermier a reçu le profit, doit bien plutôt être considérée faite au retrayant privilégié, qu'à l'acheteur, qui, par le retrait exercé sur lui, se trouve n'avoir été qu'un acheteur momentané. Ainsi cette vente est une vente exempte de profit; conséquemment celui que le fermier a reçu pour cette vente doit être rendu. Il est vrai que l'acheteur sur qui le retrait a été exercé, a été, avant le retrait, débiteur du profit, et qu'il l'étoit lors du paiement qu'il en a fait; mais la cause pour laquelle il étoit débiteur de ce profit, qui étoit sa qualité d'acheteur, étant une cause qui n'a pas duré, et qui a été détruite par le retrait, il doit y avoir lieu à la répétition du profit par l'action qu'on nomme en droit *condictio sine causâ*, qui a lieu non seulement au cas auquel *sine causâ datum aut solutum est*, mais aussi au cas auquel *causa propter quam datum est, finita est*, l. 1, §. 1, ff. *de cond. sine causâ*. Voyez sur ces questions, *suprà*, *chap.* 9, *art.* 3.

449. 4° Il suit de nos principes, que lorsque c'est le seigneur de qui l'héritage relève, qui est l'acheteur sur qui le retrait s'exerce, la vente, qui n'auroit donné ouverture à aucun profit si le seigneur fût demeuré acheteur, y donne ouverture; et le retrayant, qui par le retrait devient acheteur, doit le payer au seigneur sur qui il exerce le retrait. Tiraqueau, §. 29, *gl.* 2, *n.* 9 *et* 10, est de cet avis.

450. 5° Il suit des mêmes principes, que quoique, par le

retrait, le retrayant devienne le débiteur du profit à la place de l'acheteur sur qui le retrait est exercé, néanmoins c'est à celui qui étoit le fermier des droits seigneuriaux au temps du contrat de vente, que le profit est dû, et non à celui qui est fermier au temps du retrait; car le profit dont le retrayant devient le débiteur, est le profit que le contrat de vente a fait naître. Le retrait ne fait naître aucun profit; il ne fait que changer la personne du débiteur de celui que le contrat de vente a fait naître, en rendant le retrayant débiteur de ce profit, à la place de l'acheteur sur qui le retrait est exercé, qui en avoit d'abord été le débiteur.

ARTICLE VI.

De la qualité qu'a l'héritage retiré par retrait lignager, soit par rapport à la communauté conjugale du retrayant, soit par rapport à sa succession, ou celle de ses héritiers.

§. I. De la qualité que l'héritage a par rapport à la communauté conjugale.

451. Le droit de retrait lignager étant le droit qu'a un lignager de se rendre acheteur des héritages vendus par son parent à un étranger, à la place de cet acheteur étranger, c'est une conséquence que l'héritage qu'un lignager a retiré par retrait lignager, est un héritage qu'il a acquis à titre d'achat, et par conséquent un acquêt.

452. De là il sembleroit suivre que si l'un des deux conjoints par mariage, étant en communauté de biens, a exercé pendant cette communauté un retrait lignager, l'héritage retiré devroit tomber dans cette communauté, puisque cet héritage est un acquêt que le retrayant a fait durant la communauté, dans laquelle entrent tous les acquêts faits par l'un ou par l'autre des conjoints pendant qu'elle dure. Néanmoins il faut décider que l'héritage retiré par retrait lignager durant la communauté, ne tombe pas dans la communauté, mais qu'il est propre de communauté à celui des conjoints qui l'a retiré. La raison est, que le principe qui fait entrer dans la communauté les acquêts faits

par l'un ou par l'autre des conjoints pendant qu'elle dure, souffre exception à l'égard de ceux qui se font en vertu d'un titre ou d'un droit qui n'est pas cessible, ni, par la même raison, communicable : or tel est le droit de retrait lignager. Nous avons vu que c'est un droit qui est personnel aux lignagers, qui n'est pas cessible, et que les lignagers ne peuvent exercer que pour leur propre compte, et non pour celui d'aucun étranger. Le lignager qui l'exerce durant la communauté, ne peut donc l'exercer que pour son compte personnel, et non pour le compte de sa communauté; l'héritage retiré par retrait lignager, quoique durant la communauté, ne peut donc pas tomber dans la communauté; mais il est propre à celui des conjoints qui a exercé le retrait. Notre coutume d'Orléans, *art.* 382, en a une disposition. Elle dit : « Si le mari, à cause de sa « femme, retrait quelque héritage, il est fait PROPRE d'i- « celle femme. » Par la même raison, si le mari retire de son chef quelque héritage, il est fait propre du mari.

453. Observez que chacun des conjoints étant débiteur envers la communauté des sommes qui en ont été tirées pour ses affaires particulières, celui des conjoints qui a exercé le retrait lignager durant la communauté, est débiteur envers la communauté, de la somme qu'il en a tirée, et doit en faire raison à l'autre conjoint pour la part qu'il y a.

C'est pourquoi notre coutume d'Orléans, en l'*art.* 382, ci-dessus cité, décide que lorsqu'il a été fait pour la femme un retrait lignager durant la communauté, elle ou ses héritiers ont bien le droit de retenir l'héritage retiré par retrait lignager, cet héritage lui étant propre, et n'étant pas tombé dans la communauté; mais ce n'est qu'à la charge de rembourser le mari ou ses héritiers de la moitié du sort principal qui aura été payé pour ledit héritage, et des loyaux coûts et mises.

La coutume accorde au conjoint, pour s'acquitter de cette dette, le terme d'un an *depuis le trépas d'un des conjoints*, ou depuis la dissolution de la communauté, si elle a continué après ledit trépas.

454. Suivant un principe de la matière de la communauté conjugale (*Introd. au titre de la communauté, de la coutume d'Orléans, n.* 119,) le conjoint ne devant récompense à la communauté des sommes qu'il en a tirées pour ses affaires particulières, que jusqu'à concurrence du profit que lui ont produit les affaires pour lesquelles elles ont été tirées, il suit de là que lorsqu'un conjoint a tiré des sommes de la communauté pour exercer le retrait d'un héritage vendu par son parent, le retrait ne lui ayant procuré autre chose que l'héritage par lui retiré, il ne doit pas être tenu de la récompense au-delà. C'est pourquoi, pour se décharger envers la communauté de la récompense des sommes qu'il en a tirées pour le retrait de l'héritage, il peut abandonner l'héritage à la communauté : c'est ce qu'il est censé avoir fait lorsqu'il a laissé passer l'année sans s'acquitter de cette récompense. Ainsi, en ce cas, cet héritage retiré par retrait lignager est compris au partage des biens de la communauté, comme étant censé abandonné à la communauté par le conjoint lignager, pour se décharger envers elle de la récompense qu'il lui devoit.

Il n'en seroit pas de même si le conjoint avoit exercé le retrait lignager avant le mariage, et qu'il eût payé le prix, des deniers de la communauté, durant le mariage. (*Finge* pour cela, que, lors du retrait, le vendeur avoit bien voulu accepter le retrayant pour débiteur à la place de l'acquéreur sur qui le retrait avoit été exercé.) Dans ce cas le conjoint, lors de la dissolution de la communauté, est tenu précisément à faire raison à la communauté de la somme qu'il en a tirée pour payer le prix de cet héritage, et il ne seroit pas admis à vouloir laisser l'héritage à la communauté pour s'en décharger; dans cette espèce, il n'a pas tiré cette somme de la communauté pour exercer un retrait, mais pour payer une dette dont il étoit tenu dès avant son mariage; et il profite de la somme entière, puisqu'il est libéré d'autant.

§. II. De la qualité qu'a l'héritage retiré par retrait lignager dans la succession du retrayant.

455. La cause principale de l'acquisition qu'a faite le lignager de l'héritage qu'il a retiré par droit de retrait lignager, étant la vente qui a été faite de cet héritage par son parent à un étranger au marché duquel il a été subrogé, et ce lignager tenant par conséquent cet héritage à titre d'achat, on ne peut disconvenir que cet héritage ne soit un acquêt : c'est pourquoi il sembleroit que lorsque le retrayant meurt laissant différents héritiers, les uns à ses meubles et acquêts, les autres aux propres, la succession de cet héritage devroit appartenir à l'héritier aux acquêts.

Mais la vue que se sont proposée les coutumes en établissant le droit de retrait lignager, est de conserver les héritages dans les familles. Cette vue se trouveroit frustrée, si l'héritage retiré par droit de retrait lignager passoit dans la succession du retrayant à des héritiers aux meubles et acquêts de ce retrayant, étrangers à la famille d'où procède l'héritage retiré par retrait lignager : d'ailleurs cet héritage, quoique principalement acquêt, tient pourtant en quelque chose de la nature et qualité d'héritage propre de la famille d'où il procède, puisque le droit de retrait lignager, qui est un droit *sanguinis et familiæ*, a été, sinon la cause principale, au moins la cause *concurrente* qui a rendu le lignager propriétaire de cet héritage, en lui faisant donner la préférence sur l'acheteur étranger. Voilà pourquoi les coutumes de Paris, *art.* 139, et d'Orléans, *art.* 183, ont jugé à propos de déférer la succession de cet héritage aux héritiers aux propres de la famille d'où il procède, à l'exclusion des héritiers aux meubles et acquêts : elles ne l'accordent néanmoins que sous certaines conditions et avec certains tempéraments, pour dédommager l'héritier aux acquêts du droit qu'il pourroit prétendre à cette succession.

456. Les coutumes de Paris et d'Orléans s'expliquent

différemment sur ces conditions. Celle de Paris, *art.* 139, dit que l'héritage doit appartenir à l'héritier des propres, en rendant dans l'an et jour du décès, aux héritiers des acquêts, le prix dudit héritage. Celle d'Orléans ajoute, *avec les loyaux coûts et mises.*

457. Ce droit que les coutumes de Paris et d'Orléans accordent aux héritiers aux propres, a paru à quelques auteurs une espéce de droit de retrait lignager, et que comme le retrait ordinaire subroge le lignager à l'acheteur étranger pour le rendre acheteur en sa place, de même celui-ci subroge l'héritier de la ligne aux héritiers aux acquêts pour succéder en sa place. Mais cette idée n'est pas juste; car l'héritier aux propres qui satisfait à ce qui est prescrit par les coutumes, est saisi par le défunt de sa succession, suivant la régle, *Le mort saisit le vif.* Il succéde directement au défunt. On ne peut donc pas dire qu'il retire cette succession sur l'héritier aux acquêts, à qui elle n'a jamais appartenu.

458. Jusqu'à ce que l'héritier aux propres satisfasse au remboursement ordonné par la coutume, la succession de cet héritage est en suspens. Comme l'héritage est principalement acquêt, et qu'il n'est réputé propre, et comme tel, déféré à l'héritier aux propres que sous la condition que l'héritier aux propres rendra à l'héritier aux acquêts ce qu'il en a coûté au défunt pour l'acquérir, et qu'il effacera en quelque façon, par cette restitution, la qualité d'acquêt; tant que l'héritier aux propres ne se met pas en devoir de satisfaire à cette condition, l'héritage doit passer pour acquêt, l'héritier aux acquêts peut s'en mettre en possession; et si l'héritier aux propres ne satisfait pas à la coutume dans l'an, l'héritier aux acquêts en demeure héritier définitivement et irrévocablement.

Au contraire, si l'héritier aux propres satisfait dans le temps, en remboursant l'héritier aux acquêts, ou consignant sur son refus, l'héritier aux propres peut de lui-même se mettre en possession de l'héritage, si l'héritier aux acquêts ne s'y est pas encore mis : mais si l'héritier aux

acquêts se trouvoit en possession, l'héritier aux propres doit l'assigner pour délaisser l'héritage, et les fruits qu'il en a perçus : cette pétition est celle *de pétition d'hérédité.*

459. Il peut y avoir quelques difficultés à l'égard des fruits perçus par l'héritier aux acquêts avant que l'héritier aux propres se soit présenté. Les annotateurs de Duplessis disent qu'il est certain qu'ils appartiennent à l'héritier aux acquêts, *et que la déclaration de l'héritier aux propres n'a point d'effet rétroactif au jour du décès.* Je crois au contraire qu'il est certain qu'elle a un effet rétroactif au jour du décès; car tous conviennent que c'est à titre de succession que les coutumes de Paris et d'Orléans déférent cet héritage à l'héritier aux propres du retrayant. Or, suivant le principe de notre droit françois, *Le mort saisit le vif*, on ne peut supposer l'héritier aux propres succéder à cet héritage, qu'on ne suppose qu'il a été saisi par le défunt, et qu'il a succédé à cet héritage dès l'instant de la mort du défunt. Il faut donc nécessairement que la déclaration qu'il a faite qu'il a entendu succéder, ait un effet rétroactif au temps du décès. L'héritier aux acquêts est censé au contraire n'y avoir jamais succédé, et n'avoir eu aucun titre pour le posséder; et non seulement il a possédé cet héritage sans titre, mais il n'a pu ignorer celui de l'héritier aux propres, dans le cas auquel cet héritier satisferoit à la coutume, et par conséquent il ne peut lui refuser les fruits.

Tout ce que l'héritier aux acquêts peut prétendre, c'est que l'héritage retiré n'étant réputé propre que sous la déduction du prix pour lequel il a été retiré, et sa succession n'en étant déférée à l'héritier aux propres qu'à la charge de rembourser ce prix, il ne peut prétendre la restitution des fruits que sous la déduction des intérêts de ce prix, depuis le décès du défunt jusqu'au remboursement, ou jusqu'à ses offres réelles de le rembourser. Cela paroît juste.

460. L'héritage retiré étant, dans la succession du retrayant, considéré comme propre, à la charge que l'héri-

tier aux propres remboursera l'héritier aux acquêts, il s'ensuit que si le retrayant a fait un légataire universel, l'héritier aux propres peut retenir les quatre quints en nature de cet héritage; et il doit délaisser au légataire universel le quint seulement dudit héritage, et les quatre cinquièmes de ce qu'il en a coûté au défunt pour avoir ledit héritage, dont il retient les quatre quints; ce légataire étant à cet égard aux droits de l'héritier aux acquêts.

461. Si l'héritier aux propres avoit remboursé en total l'héritier aux acquêts avant la demande en délivrance des legs du légataire universel, ce légataire universel ne pourroit prétendre la délivrance du quint de cet héritage qu'en remboursant à l'héritier aux propres la cinquième partie de ce qu'il a payé à l'héritier aux acquêts, sauf à ce légataire universel à la répéter contre cet héritier aux acquêts.

462. L'héritier aux propres ne succédant à l'héritage retiré par le défunt, qu'à la charge de rembourser l'héritier aux acquêts du prix qu'il en a coûté au défunt, il suit aussi de là, que dans la contribution des dettes de la succession qui est à faire entre lui et l'héritier aux acquêts, il ne doit être tenu des dettes qu'à raison de ce que cet héritage se trouvera valoir de plus, lors de l'ouverture de la succession, que ce qu'il a coûté au défunt.

463. Ce droit qu'a l'héritier aux propres du retrayant, de succéder à l'héritage retiré par retrait lignager, comme à un propre, à l'exclusion de l'héritier aux acquêts, est accordé à l'héritier aux propres de la ligne d'où cet héritage procède, et en sa qualité d'héritier aux propres.

De là il suit, 1° que si les plus proches parents du côté et de la ligne d'où l'héritage procède, ont accepté la succession aux propres du retrayant, dans laquelle se trouvent d'autres propres que l'héritage retiré par le retrait lignager, et qu'ils ne veuillent pas user du droit que la coutume leur accorde de succéder à l'héritage retiré par le défunt, en remboursant ce qu'il a coûté au défunt, les parents du

défunt de la ligne d'où cet héritage procède, qui sont en degré plus éloigné, ne peuvent pas, sur le refus de ces plus proches parents, prétendre succéder à cet héritage; car quoiqu'ils soient parents de la ligne d'où cet héritage procède, ils ne sont pas les héritiers aux propres de cette ligne, puisqu'il y a des parents de cette ligne en plus proche degré qu'eux, qui ont accepté la succession. Or le droit de succéder à cet héritage à l'exclusion de l'héritier aux acquêts, n'est pas accordé indéfiniment à tous les parents de cette ligne, mais à l'héritier aux propres; c'est ce qui résulte de ces termes des coutumes, *doit appartenir à l'héritier des propres de ladite ligne*.

464. Si les plus proches parents de cette ligne n'acceptoient pas la succession, *putà*, parceque dans la succession du retrayant il ne se trouvoit pas d'autres propres de cette ligne, les parents du degré suivant pourroient les sommer de prendre qualité dans les quarante jours depuis la clôture de l'inventaire; et faute par eux de vouloir l'accepter, ils pourroient être admis à cette succession en leur place, *et sic deinceps* de degré en degré.

465. Celui qui est héritier en partie aux propres de la ligne, a qualité suffisante pour exclure pour le total l'héritier aux acquêts, et pour se mettre en possession de l'héritage retiré par le défunt, en remboursant l'héritier aux acquêts. Ses cohéritiers aux propres pourront, en lui faisant raison pour leur part de ce qu'il a remboursé, partager avec lui cet héritage; sinon cet héritage lui demeurera pour le total à titre de succession.

466. 2° Il suit de notre principe, qu'encore bien que notre coutume d'Orléans, qui est souchère en matière de retrait, et ne l'est pas en matière de succession, n'accorde le droit de retrait lignager qu'aux parents qui sont descendus du premier acquéreur qui a mis l'héritage dans la famille, et non aux collatéraux; néanmoins l'héritier aux propres du retrayant, du côté d'où l'héritage retiré procède, peut, suivant la disposition de cette coutume, quoiqu'il ne soit pas descendu, mais seulement collatéral de

celui qui l'a mis dans la famille, succéder à cet héritage, à l'exclusion de l'héritier aux acquêts, en satisfaisant à la coutume; car la coutume n'exige autre chose pour cette succession, sinon qu'il soit l'*héritier aux propres*.

467. L'héritier aux propres du retrayant de la ligne d'où l'héritage retiré procède, a le droit d'y succéder à l'exclusion de l'héritier aux acquêts, quand même cet héritier aux acquêts, outre la parenté qui le rend héritier aux acquêts, se trouveroit encore être aussi parent de cette ligne, mais dans un degré plus éloigné : car les coutumes, par cette disposition, ne se sont pas seulement proposé d'empêcher que l'héritage ne sortît de la famille à la mort du retrayant; elles ont voulu qu'on succédât à cet héritage comme à un propre, afin que désormais il ne puisse plus être transmis par succession, qu'à des héritiers de la ligne d'où il procède.

468. Il y a lieu de penser que dans la coutume de Paris l'héritier aux propres, pour succéder à l'héritage retiré par le défunt, n'est obligé à autre chose qu'à rendre à l'héritier aux acquêts le prix pour lequel l'héritage a été vendu à l'acheteur sur qui le défunt l'a retiré, et qu'il n'est pas obligé, dans cette coutume, de le rembourser des loyaux coûts de l'acquisition que le défunt a été obligé de rembourser à l'acheteur, ni encore moins des frais du retrait faits par le défunt, ni enfin des impenses faites par le défunt sur l'héritage. C'est l'avis de Duplessis, *Traité des retraits*, *chap.* 9. La raison est que la coutume de Paris, *art.* 139, disant simplement, *en rendant..... le prix dudit héritage*, elle ne l'assujettit qu'à la restitution du prix.

469. Au contraire, notre coutume d'Orléans oblige expressément l'héritier aux propres à rendre à l'héritier aux acquêts le prix de l'héritage, *avec les loyaux coûts et mises;* ce qui comprend tant les loyaux coûts que le défunt a été obligé de rembourser à l'acheteur sur qui il a exercé le retrait, que les frais qu'il a été obligé de faire lui-même pour le retrait; et tant les mises faites par ce-

lui sur qui le retrait a été exercé, et que le défunt a été obligé de lui rembourser, que celles faites par le défunt lui-même, et non seulement les mises nécessaires, mais même les utiles.

470. A l'égard des dégradations faites par le défunt sur l'héritage, il y en a de deux espèces : il y a des dégradations qui produisent de l'argent; comme lorsque le défunt a vendu une futaie; il n'est pas douteux que la somme que ces dégradations ont produite au défunt, doit venir en déduction du prix qui doit être remboursé à l'héritier aux acquêts. Par exemple, si le prix de l'héritage que le défunt a retiré étoit de 10,000 livres, et que depuis le retrait le défunt ait vendu une haute futaie pour la somme de 2,000 livres, on ne doit rendre à l'héritier aux acquêts que 8,000 livres; car le défunt ayant reçu une somme de 2,000 livres pour prix de cette futaie, il est vrai de dire que l'héritage ne coûtoit plus au défunt que la somme de 8,000 livres.

A l'égard des dégradations que le défunt a faites sans en profiter, comme s'il a arraché de bonnes vignes pour agrandir son jardin, l'héritier aux propres ne peut prétendre qu'il lui soit fait, pour raison desdites dégradations, aucune déduction sur le prix qu'il doit rembourser à l'héritier aux acquêts. Le défunt a été en droit de faire ces dégradations, et de mésuser de son héritage dont il avoit la pleine propriété : son héritier aux propres ne peut pas s'en plaindre.

Ces dégradations peuvent seulement, dans notre coutume d'Orléans, venir en compensation jusqu'à due concurrence des améliorations que le défunt auroit faites sur l'héritage, et dont l'héritier aux acquêts demanderoit le remboursement; car un héritage n'est amélioré que sous la déduction de ce dont il est d'ailleurs dégradé.

471. Les coutumes de Paris et d'Orléans veulent que l'héritier aux propres, pour succéder à l'héritage retiré, fasse, *dans l'an et jour du décès*, le remboursement qu'elles ordonnent, c'est-à-dire dans l'an, non compris le jour du

décès. Ce temps est fatal, ainsi que tous les commentateurs en conviennent. C'est pourquoi, si dans ledit temps l'héritier aux propres n'a pas rendu le prix à l'héritier aux acquêts, ou consigné sur son refus, il est de plein droit déchu du droit de succéder à cet héritage.

Ce temps est continu; il court même pendant le temps que l'héritier aux acquêts jouit du délai accordé par l'ordonnance pour délibérer; après ce délai expiré, l'héritier aux propres doit le poursuivre, pour qu'il prenne qualité, et pour qu'il reçoive le remboursement; et s'il ne le reçoit pas, il faut consigner.

472. Il reste une question, qui est de savoir si la disposition des coutumes de Paris et d'Orléans, qui appellent l'héritier aux propres à la succession de l'héritage que le défunt a retiré par retrait lignager, doit être étendue au cas auquel le défunt auroit acquis l'héritage propre de son lignager. La raison de douter est, que l'héritage propre que j'ai acquis de mon parent directement, n'est pas moins réputé propre en matière de retrait lignager, et, comme tel, sujet au retrait lorsque je le revends, que celui que j'aurois retiré par le retrait lignager. Donc *à pari* dans ma succession, il ne doit pas moins être réputé propre sous les conditions portées par les coutumes, que celui que j'ai retiré par retrait lignager. La raison de décider au contraire, est que les dispositions coutumières sont de droit étroit, et ne doivent pas être étendues d'un cas à un autre. Ainsi on ne peut tirer aucun argument du retrait lignager aux successions; d'ailleurs les raisons qui ont pu porter les coutumes à déférer à l'héritier aux propres la succession de l'héritage que le défunt a retiré par retrait lignager, sont, que le droit de retrait lignager, qui est *jus sanguinis et familiæ*, a été, sinon la cause principale, au moins une cause concurrente qui a rendu le défunt propriétaire de l'héritage qu'il a retiré; que cet héritage n'est donc pas tellement acquêt, qu'il ne tienne aussi beaucoup de la qualité de propre, par rapport à cette cause qui a concouru à en rendre le défunt propriétaire. Or cette raison ne reçoit au-

cune application à l'égard d'un héritage que le défunt auroit acquis directement de son parent, l'héritage ainsi acquis ne pouvant être, sous aucun respect, considéré comme avenu *jure sanguinis et familiæ*, ni par conséquent comme propre.

§. III. De la qualité de l'héritage retiré par retrait lignager, dans les successions des héritiers du retrayant.

473. Lorsque le retrayant a laissé différents héritiers, les uns aux propres de la ligne d'où l'héritage retiré procédoit, les autres aux meubles et acquêts; si c'est l'héritier aux propres qui y a succédé, il est censé y avoir succédé comme à un ancien propre de la famille d'où cet héritage procédoit: cet héritage ne tient plus, en la personne de cet héritier, rien de la qualité d'acquêt qu'il avoit eue en celle du défunt. Cette qualité a été entièrement effacée par le remboursement qui a été fait à l'héritier aux acquêts : cet héritage est donc, dans la personne de cet héritier, un ancien propre de la famille d'où il procédoit anciennement, et ce seront ses héritiers aux anciens propres de cette famille qui y succéderont.

Au contraire, si c'est l'héritier aux acquêts qui a succédé à cet héritage, cet héritage est perdu pour la famille d'où il procédoit : cet héritier aux acquêts ayant succédé à cet héritage comme à un acquêt du défunt, cet héritage sera dans sa personne un propre naissant, qui ne remontera pas plus haut qu'à la personne du retrayant qui l'a acquis; et dans la succession de cet héritier, ce seront ses parents du côté du retrayant qui y succéderont, quoique étrangers à la famille d'où ce propre procédoit anciennement.

474. Lorsque l'héritier du retrayant réunissoit la qualité d'héritier aux meubles et acquêts, et celle d'héritier aux propres de la ligne d'où procédoit l'héritage retiré par le défunt, comme lorsque c'est le fils du retrayant qui lui a succédé, il est censé avoir succédé à cet héritage comme à un propre de cette ligne, et avoir fait confusion sur lui-

même, de l'obligation que la coutume impose à l'héritier aux propres de rembourser l'héritier aux acquêts. C'est pourquoi, dans la succession de cet héritier, l'héritier aux propres de la ligne d'où procède anciennement cet héritage, y succédera sans être obligé de faire aucun remboursement à l'héritier aux propres naissants. *Arrêt cité par Livonière en ses notes sur Dupineau.*

CHAPITRE XII.

Comment s'éteint le droit de retrait lignager; des fins de non recevoir, et des exceptions qui peuvent être opposées contre ce droit.

475. Le droit de retrait lignager auquel la vente d'un héritage propre, faite à un étranger, a donné ouverture, s'éteint par le retour de cet héritage à la famille, ou par la destruction de l'héritage. Les fins de non recevoir qu'on peut opposer contre le retrait lignager sont la prescription annale, ou la prescription trentenaire.

§. I. Du retour à la famille.

476. Dans les coutumes qui appellent au retrait les lignagers indistinctement, et n'accordent d'autre préférence entre eux que celle qui résulte de la diligence à donner le premier la demande, telles que sont les coutumes de Paris, d'Orléans, et beaucoup d'autres, il ne peut être douteux que le droit de retrait lignager auquel avoit donné ouverture la vente d'un héritage propre faite à un étranger, s'éteint lorsqu'*avant aucune demande en retrait lignager,* cet héritage est retourné dans la famille; soit qu'il soit retourné au vendeur, soit qu'il ait passé à quelqu'un de la famille, sans qu'il importe à quel titre. La raison est que dans ces coutumes, le droit de retrait lignager n'appartenant à aucune personne déterminée de la famille, jusqu'à ce qu'elle se soit approprié ce droit, *veluti quodam occupationis jure*, par une demande en retrait qu'elle auroit

donnée, mais appartenant indéterminément à la famille, cette famille ne peut plus avoir le droit de retrait d'un héritage qui, après en être sorti, y est rentré, et qu'elle se trouve avoir par-devers elle.

477. Mais si l'héritage à l'égard duquel le droit de retrait étoit ouvert, n'est retourné au vendeur, ou passé à quelque autre de la famille, qu'après une demande en retrait donnée par un lignager, ce retour de l'héritage à la famille ne peut préjudicier au droit de retrait que ce demandeur s'est approprié par la demande qu'il a donnée.

478. Si l'acheteur étranger avoit revendu l'héritage au vendeur, mais ne lui en avoit pas encore transféré la propriété par une tradition réelle ou feinte, la demande donnée par un lignager contre l'acheteur étranger dans le temps intermédiaire, seroit-elle valablement donnée? Oui; car cet acheteur étranger étant encore, lors de la demande en retrait lignager, le propriétaire de l'héritage, l'héritage n'étant pas encore retourné à la famille, le droit de retrait lignager n'étoit pas éteint, et le demandeur étoit encore à temps de s'approprier ce droit par la demande qu'il a donnée.

479. A l'égard des coutumes qui accordent aux parents les plus prochains le retrait lignager sur les plus éloignés qui auroient exercé le retrait avant eux, ou même qui auroient acheté directement l'héritage, le retour de l'héritage à la famille par l'acquisition qu'en a faite un parent éloigné, n'éteint pas le droit de retrait : il ne doit pas être au pouvoir de l'acheteur étranger, en faisant passer l'héritage à un parent éloigné, de frustrer les parents plus proches, du droit de retrait lignager que la loi leur accorde préférablement aux plus éloignés.

§. II. De l'extinction de l'héritage.

480. Il n'est pas douteux que le droit de retrait s'éteint lorsque l'héritage dont la vente lui avoit donné ouverture, est tellement péri qu'il n'en reste plus rien; comme

lorsque la rivière a emporté entièrement un pré qui avoit été vendu.

481. Si cette perte étoit arrivée par une faute lourde de l'acquéreur, le lignager pourroit-il exercer le retrait de cet héritage qui n'existe plus, à l'effet de profiter de l'avantage du marché, et de faire condamner l'acquéreur à lui payer ce que cet héritage, si la rivière ne l'eût pas emporté, vaudroit de plus qu'il n'a coûté à l'acheteur pour l'acquérir? La raison de ce doute est, que nous avons vu ci-dessus que l'acheteur étoit tenu vis-à-vis les lignagers de cette espèce de faute; *suprà*, *n.* 416 *et suiv.* La raison de décider au contraire me paroît être, que le droit de retrait n'a été accordé aux lignagers que pour conserver dans la famille les héritages, lorsqu'ils sont vendus hors de la famille; la fin de profiter du bon marché ne peut être qu'une fin accessoire à cette fin principale, qui ne peut seule servir de fondement au retrait. Cette fin de conserver l'héritage dans la famille cesse de pouvoir avoir lieu lorsqu'il ne subsiste plus: le droit de retrait ne peut donc plus subsister.

Il en seroit autrement si cette faute n'avoit été commise par l'acheteur que depuis qu'il a été mis en demeure de délaisser l'héritage au retrayant; car sa demeure l'oblige à dédommager le retrayant de ce qu'il souffre ou manque de gagner par la demeure.

482. Lorsqu'il reste quelque chose de l'héritage dont la vente a donné ouverture au retrait, le droit de retrait subsiste pour ce qui en reste, mais à la charge de rendre en entier le prix et les loyaux coûts du marché, comme nous l'avons vu *suprà*, n. 290.

De la naît la question, si lorsque la maison dont la vente a donné lieu au retrait, a été incendiée, de manière qu'il n'en reste plus que la place et un monceau de ruines, il y a lieu au retrait pour la place et les matériaux qui en restent. Bagoius et Boërius, sur la coutume de Berry, tiennent la négative, parcequ'une maison dont il ne reste plus

que la place et un monceau de matériaux, leur paroît totalement périe, et qu'ils ne croient pas que la place et les matériaux puissent être considérés comme une partie de cette maison. Tiraqueau, *ad finem tit.*, *quæst.* 14, réfute avec raison cette opinion; car la place et les matériaux sont véritablement une partie de cette maison; l. 21, *de pign. act.* Au reste, le lignager qui exerce ce retrait doit rembourser le prix entier et les loyaux coûts du contrat, de même que si la maison subsistoit en entier, comme il a été vu *suprà*, *n.* 290.

§. III. De la prescription annale ou trentenaire.

483. On peut opposer contre le droit de retrait lignager la prescription annale. *Voyez ce que nous avons dit à cet égard suprà*, *chap.* 7.

484. Lorsque la prescription annale n'a pas couru, le droit de retrait lignager peut être exclus par la prescription générale de trente ans à laquelle sont sujets tous les droits. Par exemple, si l'acheteur n'a pas fait insinuer son contrat d'acquisition, et qu'après le temps de trente années entières révolues depuis ledit contrat, il ne se trouve pas encore insinué, le droit de retrait lignager, qui n'a pu dans ce cas être éteint par la prescription annale, dont le temps ne commence à courir que du jour de l'insinuation, sera éteint par la prescription de trente ans, qui court depuis que le droit de retrait est ouvert par le contrat de vente qui y a donné ouverture.

485. L'acheteur direct qui a négligé de faire courir le temps de la prescription annale, ne peut, à défaut de cette prescription annale, être libéré du retrait que par la prescription de trente ans, et non par celle de dix ou vingt ans; car en acquérant il a contracté une obligation personnelle envers la famille du vendeur, de délaisser l'héritage à ceux de la famille qui en voudront exercer le retrait, *suprà*, *n.* 17. Or les actions qui naissent des obligations personnelles ne sont pas sujettes à cette prescription de dix ou vingt ans, qui n'a lieu dans les provinces

où elle est admise, qu'à l'égard des droits réels dont les héritages sont chargés, et par laquelle la libération de ces droits est procurée aux possesseurs qui ont acquis l'héritage sans qu'on leur ait déclaré qu'ils fussent chargés de ces droits, et qui l'ont possédé de bonne foi comme le réputant franc de cette charge.

A l'égard des tiers qui n'ont pas acheté directement de celui qui a mis l'héritage hors de la famille, mais auxquels le premier acheteur l'a revendu ou fait passer à quelque autre titre singulier que ce soit; comme il n'y a que le premier acheteur qui soit le débiteur personnel du retrait auquel la vente qui lui a été faite a donné ouverture, et que ces tiers n'en sont tenus que parceque l'héritage qu'ils possédent a été affecté par la loi à l'exécution de l'obligation du retrait; ces tiers pourroient, absolument parlant, être dans le cas d'opposer cette prescription, si, lorsqu'ils ont acquis du premier acheteur, et depuis qu'ils l'ont acquis, ils avoient toujours, pendant tout le temps de la prescription, ignoré de bonne foi que l'héritage fût encore sujet au retrait auquel la vente faite au premier acheteur de qui ils ont acquis, a donné ouverture. Mais il est très rare que ce cas arrive; parceque lorsque ces tiers acquièrent du premier acheteur, ils sont ordinairement à portée de s'instruire par les titres qu'on leur remet, si l'héritage est encore sujet au retrait auquel a donné ouverture la vente faite au premier acheteur de qui ils ont acquis, et si ce premier acheteur a satisfait à ce qui est requis pour faire courir le temps de ce retrait; et par conséquent l'ignorance que ces tiers allégueroient avoir eue de la charge du retrait, ne pourroit passer que pour une ignorance affectée, contraire à la bonne foi requise pour cette prescription.

486. En supposant qu'un tiers possesseur fût dans le cas de pouvoir opposer cette prescription, pourroit-il opposer celle de dix ans contre la demande en retrait du lignager domicilié dans le même bailliage que lui, ou ne pourroit-il opposer que celle de vingt ans? J'inclinerois à répondre

qu'il ne peut opposer que celle de vingt ans. La raison est, qu'avant la demande en retrait, ce n'étoit pas au particulier qui l'a donnée, mais en général à toute la famille du vendeur que le droit de retrait appartenoit. Ce n'est donc pas contre ce particulier, mais contre la famille en général, que le temps de la prescription a dû courir. Or cette famille n'est pas circonscrite dans un tel bailliage : elle peut s'étendre ailleurs, et par conséquent ce ne peut être la prescription de dix ans *inter præsentes*, mais ce n'est que celle de vingt ans qui peut avoir lieu contre elle.

487. Quoique ces prescriptions de trente ans et de vingt ans ne courent pas contre les mineurs, néanmoins dans nos coutumes de Paris et d'Orléans, et autres semblables, qui accordent le droit de retrait aux lignagers indéterminément, plutôt qu'à aucune personne de la famille, la minorité de quelqu'un des lignagers n'interrompt pas ces prescriptions, parceque ce n'est pas proprement contre ces personnes, mais contre la famille indéterminément, qu'ont couru ces prescriptions.

§. IV. Le procès intenté à l'acquéreur sur la propriété de l'héritage, lui donne-t-il une exception contre la demande en retrait lignager?

488. Lorsque j'ai acheté de vous un héritage qui vous venoit de la succession de votre père, et qu'un tiers a revendiqué sur moi cet héritage, prétendant en être le véritable propriétaire, et qu'il n'appartenoit ni à vous ni à votre père ; si pendant ce procès un de vos lignagers donne la demande en retrait contre moi, puis-je demander qu'il y soit sursis jusqu'à ce que le procès qui m'est fait soit terminé? Tiraqueau agite cette question dans son Traité du retrait lignager, *ad finem tit. quæst.* 1. Les raisons pour l'affirmative sont, 1o que par la demande en revendication qui a été donnée contre moi, l'héritage est devenu litigieux ; que le litige durant, le lignager ne peut être reçu à demander que je le lui délaisse ; car le délais que je lui en ferois sur sa demande en retrait, seroit une aliénation ; et les lois défendent l'aliénation des choses litigieuses.

2° On dit que le droit du lignager est fondé sur ce qu'il prétend que celui qui m'a vendu a mis l'héritage hors de la famille, ce qui suppose qu'il en étoit le propriétaire; la qualité de propriétaire de mon vendeur étant contestée par la demande en revendication qui a été donnée contre moi, le droit de son lignager devient incertain. Nonobstant ces raisons, on doit décider que le procès qui m'est fait sur la propriété de l'héritage, ne peut arrêter l'adjudication du retrait au lignager, qui reprendra le procès à ma place, et me remboursera des frais que j'ai faits. Il est facile de répondre aux raisons ci-dessus proposées. La réponse à la première, est que les lois qui défendent l'aliénation des choses litigieuses ne concernent que les aliénations volontaires, et non les nécessaires qui ont une cause antérieure au litige; tel qu'est le délais que l'acheteur est obligé de faire au lignager sur la demande en retrait. La réponse à la seconde, est que le possesseur d'une chose en est présumé le propriétaire, jusqu'à ce que le contraire soit justifié. C'est pourquoi, jusqu'à ce que celui qui me fait procès sur la propriété de l'héritage ait justifié de son droit, et fait prononcer en sa faveur, celui qui me l'a vendu en ayant été le possesseur, lorsqu'il me l'a vendu, est présumé en avoir été le propriétaire, et l'avoir mis hors de sa famille; et par la même raison, la présomption est pour le droit du lignager.

CHAPITRE XIII.

Du retrait de mi-denier.

489. Lorsque deux conjoints par mariage et communs en biens, dont l'un étoit lignager du vendeur, l'autre étranger, ont acheté durant la communauté un héritage propre du vendeur, la coutume de Paris, *art.* 155, et celle d'Orléans, *art.* 381, accordent, après la dissolution du mariage, au conjoint lignager ou à ses héritiers lignagers, et à leur refus, aux autres lignagers, le retrait de la moitié du

conjoint étranger, ou de ses héritiers étrangers, à la charge de rembourser la moitié, tant du prix que des loyaux coûts et mises.

C'est pour cette raison que ce retrait est appelé *retrait de mi-denier.*

Ce retrait est un vrai retrait lignager, à l'égard duquel nous examinerons, 1° Qu'est-ce qui donne ouverture à ce retrait, et quand? 2° Quelle est la chose sujette à ce retrait? 3° A qui et sur qui est-il accordé? 4° Comment et dans quel temps s'exerce-t-il? 5° Quelles sont les obligations du retrayant? 6° Si ce retrait a lieu dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

Nous observerons, avant que d'entrer en matière, qu'il faut bien prendre garde à ne pas confondre la disposition de l'*article* 381 de notre coutume qui établit ce retrait, avec l'*article* 382. L'*article* 381, qui est celui que nous nous proposons d'expliquer en ce chapitre, établit un vrai retrait lignager. Le 382, dont nous avons traité ci-dessus, *chap.* 11, *art.* 6, §. 1, n'établit aucun retrait; mais il établit une récompense que le conjoint qui a retiré un propre de sa ligne durant la communauté, doit à l'autre conjoint, faute du paiement de laquelle il est obligé d'abandonner cet héritage à la communauté.

§. I. Qu'est-ce qui donne ouverture au retrait de mi-denier; et quand?

490. Le retrait de mi-denier étant un vrai retrait lignager, les mêmes contrats qui donnent ouverture au retrait lignager ordinaire (*suprà*, *chap.* 3), donnent pareillement ouverture à celui-ci; et ceux qui ne donnent pas ouverture au retrait lignager ordinaire, n'y donnent pas ouverture. C'est pourquoi il y a lieu au retrait de mi-denier lorsque deux conjoints ont acheté, ou reçu en paiement, ou pris à bail à rente rachetable durant leur mariage un héritage propre d'une personne de qui l'un desdits conjoints étoit lignager. Mais il n'y auroit pas lieu, s'ils l'avoient acquis à titre de bail à rente non rachetable, ou de donation, ou de legs, etc.; car ces titres n'étant pas susceptibles du retrait lignager

ordinaire, ne le sont pas non plus de ce retrait de mi-denier, qui est un vrai retrait lignager.

491. La seule différence qu'il y a à cet égard entre le retrait lignager ordinaire et le retrait de mi-denier, est que les contrats susceptibles du retrait donnent ouverture au retrait lignager ordinaire aussitôt qu'ils sont parfaits, et exécutés par la tradition réelle ou feinte de l'héritage faite à un étranger; au lieu qu'ils ne donnent ouverture au retrait de mi-denier qu'après la dissolution du mariage. La raison est, que tant que le mariage et la communauté de biens durent, l'héritage n'est pas censé sorti de la famille, pour les raisons rapportées *suprà*, *n.* 196.

492. Pour qu'il y ait lieu à ce retrait de mi-denier dans les coutumes de Paris et d'Orléans, il faut, 1° que l'un des conjoints acquéreurs soit lignager du vendeur, et l'autre étranger. Si les deux conjoints étoient l'un et l'autre lignagers, il n'y auroit pas lieu à ce retrait; car les ventes faites à des lignagers ne donnent lieu à aucun retrait lignager: il n'y a que les ventes faites *hors de la famille* qui y donnent lieu. C'est pourquoi si le prédécédé de ces deux conjoints lignagers transmettoit dans sa succession sa part de l'héritage par eux acquis, à des héritiers qui fussent d'une autre famille, le conjoint survivant lignager ne pourroit pas exercer sur eux le retrait de mi-denier.

493. Il faut, 2° pour qu'il y ait lieu à ce retrait de mi-denier, que l'héritage ait été acquis durant le mariage de ces conjoints.

Si celui des conjoints qui est étranger avoit acquis l'héritage avant son mariage, et qu'il se fût marié avant l'expiration de l'an du retrait lignager auquel la vente qui lui a été faite a donné ouverture, il y a lieu de penser que ce retrait seroit suspendu pendant le mariage par les mêmes raisons qui empêchent qu'il n'y ait ouverture au retrait de mi-denier pendant le mariage; mais après la dissolution du mariage, ce ne seroit pas le retrait de mi-denier qui auroit lieu, quand même cet héritage auroit été apporté et ameubli en communauté; ce seroit le retrait lignager

ordinaire qui auroit lieu pour le temps seulement qui en restoit à expirer lorsqu'il a été suspendu par le mariage de l'acquéreur avec une personne de la ligne.

494. Il faut, 3° pour que ce retrait de *mi-denier* ait lieu, que les conjoints aient été en communauté de biens. Les coutumes de Paris et d'Orléans, qui ont établi ce retrait, supposent le cas de la communauté, en disant que ce retrait a lieu *pour la moitié* ou *pour la part et portion* du conjoint étranger; et c'est la communauté de biens qui fait regarder l'héritage comme n'étant pas sorti de la famille, et qui empêche que le contrat ne donne ouverture durant le mariage au retrait lignager.

C'est pourquoi lorsqu'il n'y a pas communauté de biens entre deux conjoints, la vente d'un héritage sujet à retrait, faite à l'un d'eux étranger du vendeur, donne ouverture au retrait durant le mariage, pourvu qu'il n'y ait pas d'enfants qui l'arrêtent; *suprà, n.* 197; et ce retrait étant le retrait lignager ordinaire, l'autre conjoint lignager n'a pas de préférence pour ce retrait sur les autres lignagers du vendeur.

495. Pourvu que l'héritage ait été acquis durant le mariage et la communauté de biens, il n'importe, pour qu'il y ait lieu au retrait, que l'homme et la femme aient été l'un et l'autre parties au contrat, ou que le mari ait été seul partie. *Nec obstat* que la coutume d'Orléans dit: *Si homme et femme conjoints par mariage achètent;* car tous les achats que fait le mari durant la communauté de biens, quoiqu'il y soit seul partie, il les fait comme chef de la communauté, et la femme, en la qualité de commune, est censée acheter avec lui.

496. Comme c'est la communauté de biens qui empêche qu'il n'y ait lieu au retrait durant le mariage, c'est la dissolution de communauté qui y donne ouverture.

De là il suit, 1° que si, faute d'inventaire, la communauté continue après la mort du prédécédé, le retrait de mi-denier ne sera ouvert que lors de la dissolution de cette communauté. La coutume d'Orléans, *art.* 385, s'en est ex-

pliquée formellement; car après ces mots, *mais après le trépas, etc.*, on a ajouté, lors de la réformation, ceux-ci, *et qu'il y a dissolution de communauté.*

497. De là il suit, 2° que si durant le mariage il arrivoit dissolution de communauté par une sentence de séparation de biens, cette dissolution de communauté donneroit ouverture au retrait lignager, quoique durant le mariage. C'est l'avis de Brodeau sur l'*art.* 155 de la coutume de Paris, et de Lemaître sur ladite coutume. Duplessis est d'avis contraire; mais il n'est pas d'accord avec lui-même, car il convient un peu plus haut, que lorsqu'il n'y a pas de communauté de biens entre deux conjoints par mariage, l'acquisition faite durant le mariage par l'un d'eux qui est étranger de la ligne du vendeur, donne lieu au retrait, quoique l'autre conjoint soit lignager: donc il convient que le mariage de l'acquéreur étranger avec une personne lignagère n'est pas seul une cause suffisante pour arrêter le retrait, s'il n'y a pas communauté entre eux. Or, si c'est cette communauté qui arrête le retrait, il s'ensuit que lorsqu'elle se dissout, soit que ce soit par une sentence de séparation, soit que ce soit par mort, *tanquam obice remoto*, il doit y avoir ouverture au retrait. L'unique raison que Duplessis apporte pour son avis, est que l'*art.* 155 de la coutume de Paris se sert de ces termes, *et qu'après le trépas, etc.*: donc, dit-il, il n'y a que le *trépas* de l'un des conjoints qui donne ouverture au retrait de mi-denier. La réponse est facile; savoir, que ces termes *et qu'après le trépas, etc.*, ne doivent pas s'entendre *restrictivè*, mais *enuntiativè*, comme énonçant la manière la plus ordinaire par laquelle se dissout la communauté entre conjoints par mariage.

Les annotateurs de Duplessis allèguent une autre raison qui leur paroît très forte; savoir, que tant que le mariage dure, il y a espérance qu'il naîtra des enfants qui succéderont à cet héritage, et le conserveront à la famille du vendeur dont ils sont. Or, disent-ils, cette espérance, tant qu'elle dure, doit arrêter le retrait. La réponse est, qu'il ne suffit pas, pour arrêter le retrait, qu'il y ait espérance que l'héritage

qui est sorti de la famille, pourra y rentrer un jour par des enfants lignagers qui pourront naître de l'acheteur étranger, et qui lui succéderont à cet héritage. Il faut, pour en arrêter le retrait, que l'héritage puisse être censé demeurer encore en quelque façon dans la famille, et n'en être pas tout-à-fait sorti: c'est ce qui arrive lorsque l'héritage est possédé par deux conjoints communs en biens, dont l'un est lignager; car l'étroite union que le mariage et la communauté de biens forment entre ces conjoints, les faisant regarder comme n'étant en quelque façon qu'une même personne, suivant qu'il paroît par ces termes des coutumes, *sont* UNS *et communs*, *etc.*, il s'ensuit qu'il suffit que l'un d'eux soit lignager, quoique l'autre soit étranger, pour qu'il paroisse que l'héritage est encore dans la famille. Pareillement, lorsqu'un acheteur étranger a des enfants lignagers, l'héritage par lui acquis peut être censé n'être pas sorti tout-à-fait de la famille, et y demeurer encore par lesdits enfants, auxquels les biens de leur père sont censés appartenir en quelque façon, même du vivant de leur père: *Vivo patre quodammodo domini intelliguntur;* l. 11, ff. *de lib. et posth.* C'est pour cette raison que les enfants lignagers de l'acheteur étranger arrêtent le retrait. On ne peut pas dire la même chose lorsque l'acheteur étranger n'a pas d'enfants, et qu'il a seulement espérance d'en avoir. Les coutumes de Paris, *art.* 156, et d'Orléans, *art.* 403, disent: *Quand celui qui n'est en ligne* A *des enfants qui sont en ligne, retrait n'a lieu*: elles ne disent pas *a* ou *peut avoir*. Il faut donc qu'il en ait; et la seule espérance qu'il en aura ne suffit pas pour arrêter le retrait. C'est la faveur des enfants lignagers qui arrête le retrait auquel la vente faite à un étranger donne lieu; *suprà*, 197: mais cette faveur ne peut être censée accordée qu'à des enfants nés, ce qui est dans le néant n'étant pas capable de faveur.

498. Du principe que c'est la communauté de biens en laquelle est un mari étranger avec une femme lignagère, qui arrête le retrait auquel donne lieu la vente qui lui a été faite d'un héritage, il suit que lorsque ce mari étranger

aliène cet héritage durant la communauté, le retrait lignager est ouvert au profit de toute la famille de son vendeur sur la vente qui lui en a été faite; car la cause qui arrêtoit ce retrait, venant à cesser par l'aliénation de cet héritage, qui, en mettant cet héritage hors de la communauté avec la femme lignagère, le met tout-à-fait hors de la famille, et détruit toute l'espérance qu'il auroit pu y avoir qu'il y restât, l'effet doit cesser, et le droit de retrait qu'a dû produire la vente faite au mari étranger de la ligne, *obice remoto*, doit être ouvert.

Il n'importe à quel titre il l'ait aliéné; car ce n'est pas sur l'aliénation qu'il en fait, mais sur la vente qui lui en a été faite, que le retrait a lieu. Il en est de ce cas comme de celui auquel l'acheteur qui a des enfants de la ligne, aliène de son vivant l'héritage qu'il auroit acheté; *suprà*, *n.* 198.

499. *Contrà vice versâ*, lorsqu'un mari lignager du vendeur a acheté un héritage durant sa communauté de biens avec sa femme étrangère de la ligne, et qu'il le revend durant son mariage, la vente qui lui en a été faite étant une vente faite à un lignager, ne donne pas lieu au retrait lignager. Il est vrai que s'il eût conservé cet héritage jusqu'à la dissolution de la communauté, cette vente qui lui en a été faite, se trouvant en ce cas être faite pour une portion à la femme étrangère, auroit donné lieu au retrait de mi-denier de cette portion sur cette femme ou ses héritiers: mais cet héritage étant aliéné avant la dissolution de communauté, le retrait ne peut plus avoir lieu; car la femme ne peut plus avoir, et est censée n'avoir jamais eu de part dans cet héritage, le droit de communauté de la femme ne s'étendant qu'aux biens de la communauté qui se trouvent lors de la dissolution.

Mais si la vente qui a été faite au mari ne donne pas lieu en ce cas au retrait, la revente qu'il en fait y donne lieu, suivant l'article 133 de la coutume de Paris, et les principes établis *suprà*, *n.* 47.

500. Le don mutuel en usufruit arrête-t-il le retrait des

héritiers du conjoint lignager sur le survivant étranger donataire mutuel? Duplessis, *Traité des retraits, chap.* 10, *en sa première observation*, dit que le droit de retrait de mi-denier qu'ont les héritiers du prédécédé lignager, ne peut empêcher le survivant de jouir en usufruit de leur portion. Cela n'est pas douteux; car ce n'est pas leur portion, mais celle du survivant qu'ils ont droit de retirer. Duplessis en conclut que si ces héritiers sont tenus de laisser jouir le survivant de leur portion, ils ne peuvent lui *arracher* la sienne pendant que dure son droit d'usufruit. Ce raisonnement est une pétition de principe; car c'est précisément ce qui est en question. On peut apporter une autre raison, qui est que le retrait de mi-denier s'exerçant au partage de communauté, et ce partage, en cas de don mutuel, ne se faisant ordinairement qu'après l'extinction de l'usufruit du donataire mutuel, ce retrait ne doit avoir lieu qu'après l'extinction de cet usufruit, et doit être arrêté pendant qu'il dure. Je ne crois pas cette raison suffisante pour décider que le don mutuel arrête le retrait; car, 1° quoique, même dans le cas auquel il n'y a pas de don mutuel, le partage des biens de la communauté ne se fasse assez souvent que plus d'un an après sa dissolution; néanmoins le retrait de mi-denier est ouvert, et le temps de ce retrait commence à courir du jour de la mort du prédécédé qui a dissous la communauté. C'est ce qui résulte de l'article 157 de la coutume de Paris, qui dit expressément qu'il faut que le retrayant ait donné sa demande, et sur icelle protesté dans l'an du décès. 2° Le don mutuel n'empêche pas que le partage des biens de la communauté puisse se faire pendant le temps de l'usufruit du donataire mutuel, et que ce retrait en conséquence y puisse être exercé; car il est de la nature de l'indivis, que tout propriétaire par indivis, quoiqu'il n'ait que la nue propriété, puisse provoquer à partage et y être provoqué; et dans le fait j'ai vu plusieurs partages de communauté se faire entre les héritiers du prédécédé et le survivant donataire mutuel, pendant le temps de son don mutuel. Duplessis n'est pas même

ferme dans son opinion; car il convient qu'il est plus sûr, même dans le cas de don mutuel, que les héritiers du prédécédé lignager intentent l'action en retrait de mi-denier dans l'an du décès, sauf à en renvoyer l'exécution au temps du partage. Je pense, par les raisons ci-dessus mentionnées, que non seulement cela est plus sûr, mais que cela est absolument nécessaire.

501. Pareillement le don mutuel fait au survivant lignager par le prédécédé étranger, ne doit pas arrêter le retrait qu'il a droit d'exercer de la portion du prédécédé étranger; et en ce cas le survivant, qui avoit droit de jouir de la portion qu'il retire, doit jouir à la place de ce que la coutume l'oblige de rembourser; c'est pourquoi il lui suffira de donner, dans le temps fatal, caution de faire ce remboursement après l'expiration de son don mutuel.

§. II. Que retire-t-on par le retrait de mi-denier?

502. Les coutumes accordent au conjoint lignager ou à ses héritiers lignagers, après la dissolution de communauté, le retrait *de la part et portion* du conjoint non lignager ou de ses héritiers. Celle de Paris, *art.* 155, dit formellement, *la moitié gît en retrait.* Ces coutumes emploient ces termes, parcequ'elles supposent le cas d'acceptation de la communauté comme le cas le plus ordinaire: mais ces termes ne doivent pas empêcher de décider que si la femme lignagère ou ses héritiers lignagers renoncent à la communauté, et que l'héritage qu'ils ont acquis durant le mariage demeure en conséquence en entier au mari étranger ou à ses héritiers, il y a ouverture au retrait de cet héritage pour le total dans l'an et jour du décès du conjoint qui a dissous la communauté, à la charge de rendre en ce cas, non le mi-denier seulement, mais le total du sort principal des loyaux coûts et mises. C'est l'avis de Brodeau sur Paris, *art.* 155, que Duplessis me paroît contredire mal-à-propos. Il donne une fort mauvaise raison de son sentiment: *La femme ou ses héritiers*, dit-il, *par leur renonciation*, *tiennent lieu de vendeurs*, *et ne peuvent revenir*

à une chose qu'ils ont répudiée. Il est faux que la renonciation qu'une femme ou ses héritiers font à la communauté, tienne lieu d'une vente qu'ils fassent au mari de leur part en la communauté : ils sont plutôt censés, au moyen de leur renonciation, n'avoir jamais eu aucune part aux biens de la communauté; et de ce qu'ils refusent d'avoir à titre de communauté la part dans les conquêts de la communauté, qu'ils auroient pu avoir à ce titre, on n'en peut nullement conclure qu'ils ne puissent la prétendre à un autre titre, par le droit de retrait lignager que la loi leur accorde sur ce qui a été acquis par le mari étranger. Le retrait est de tout ce qui a été acquis par celui sur qui il s'exerce : le mari étranger se trouvant, par la renonciation de sa femme ou de ses héritiers à la communauté, être acquéreur pour le total de l'héritage, il doit être sujet au retrait pour le total. Les annotateurs de Duplessis sont de notre sentiment.

503. Pareillement en cas d'acceptation de communauté, si au partage de la communauté le conjoint lignager ou ses héritiers, n'usant pas du droit de retrait que les coutumes leur accordent, ont laissé comprendre cet héritage dans la masse des biens de la communauté, et que par le partage l'héritage soit tombé en entier au lot du conjoint étranger, l'héritage sera pour le total sujet au retrait. L'article 157 de Paris paroît contraire à cette décision : il y est dit : *Si par partage l'héritage sort hors de la ligne, il est sujet au retrait pour moitié.* L'objection disparoîtra en entendant cet article, comme Brodeau l'a entendu, du cas auquel par le partage l'héritage auroit été partagé en deux moitié divisées, dont l'une seroit échue au conjoint lignager ou à ses héritiers, et l'autre moitié à l'étranger. Si ceux qui ont rédigé cet article l'ont entendu dans un autre sens que celui que Brodeau lui donne, c'est que les principes sur l'effet purement déclaratif des partages n'étoient pas alors établis aussi clairement qu'ils le sont aujourd'hui. C'est pourquoi, quel qu'ait été le sens qu'ont eu en vue les

rédacteurs, on doit donner aujourd'hui à l'article l'interprétation que Brodeau lui donne.

504. Sur la question de savoir si les choses qui ont été acquises pour un seul et même prix avec l'héritage de la famille de l'un des conjoints, doivent aussi être sujettes au retrait de mi-denier, il faut suivre ce qui a été décidé pour le retrait lignager, *suprà*, *chap.* 3, *art.* 3.

505. Ce retrait de mi-denier n'est que de la portion du conjoint étranger. C'est pourquoi si le conjoint lignager prédécède et laisse des héritiers étrangers de la ligne, les lignagers du vendeur ne pourront exercer le retrait que de la portion du conjoint survivant étranger, et non de celle des héritiers du conjoint lignager prédécédé, quoique ces héritiers soient étrangers.

§. III. A qui le retrait de mi-denier est-il accordé?

506. Le retrait de mi-denier est accordé, de même que le retrait ordinaire, à toute la famille du vendeur: mais il a cela de particulier, que le conjoint lignager ou ses héritiers lignagers sont préférés pour ce retrait à tous les autres lignagers.

507. Les héritiers du conjoint lignager ne sont admis à ce retrait qu'autant qu'ils sont eux-mêmes lignagers du vendeur; car le retrait de mi-denier étant un retrait lignager, il ne peut appartenir qu'à des lignagers. Lalande, sur l'article 381 de la coutume d'Orléans, est, après d'Argentré, d'avis contraire. Il se fonde sur ce que dit d'Argentré, que les héritiers succèdent à ce droit de retrait au conjoint lignager prédécédé; ce qui ne me paroît pas véritable; car quoique l'effet de ce retrait, lorsqu'il s'exerce par les héritiers du conjoint lignager prédécédé au partage des biens de la communauté, consiste à faire porter en entier l'héritage sujet à ce retrait dans le lot de la succession de ce conjoint, comme nous le verrons *infrà*, *art.* 515, et qu'en conséquence ils tiennent cet héritage en entier à titre d'héritiers du conjoint lignager prédécédé, qui est censé le leur

avoir transmis dans sa succession, il ne s'ensuit pas qu'ils tiennent pareillement du défunt le droit de retrait, qui consiste dans le droit d'obliger le conjoint survivant à souffrir que l'héritage soit porté en entier dans le lot de la succession du conjoint prédécédé. Ce conjoint n'a pu transmettre à ses héritiers ce droit qui ne lui a jamais appartenu, le mariage et la communauté de biens en ayant jusqu'à sa mort arrêté l'ouverture. Les héritiers tiennent de leur chef ce droit de la loi qui le leur accorde; et comme elle ne l'accorde que dans la vue de conserver l'héritage dans la famille, et que ce retrait est une espèce de retrait lignager, elle ne le leur accorde qu'en leur qualité de lignager: celle qu'ils ont d'héritiers du conjoint lignager prédécédé, n'est qu'une qualité accessoire à celle de lignager, à laquelle la loi a accordé la préférence sur les autres lignagers.

Ajoutez à tout ce que nous venons de dire, que l'article 381 de notre coutume d'Orléans s'exprime en ces termes: « Et quant aux héritiers du prédécédé, en cas que « ledit retrait ait lieu, ils sont préférés aux autres parents « du vendeur, *pourvu que lesdits héritiers soient aussi pa-* « *rents de l'estoc et fourchage dudit vendeur.* » Elle donne assez à entendre par là, que la qualité de lignager est nécessaire pour être habile à ce retrait; car la préférence étant donnée à la qualité d'héritier, l'héritier, quoique étranger, devroit l'avoir, s'il étoit habile au retrait; et ce n'est que parcequ'il n'y est pas habile, qu'il ne peut avoir cette préférence.

508. Lorsque le conjoint lignager prédécédé a laissé plusieurs héritiers, dont les uns sont lignagers, et les autres sont étrangers de la ligne, on pourroit peut-être soutenir que ceux-ci, qui ne peuvent de leur chef avoir ce droit de retrait, peuvent néanmoins y concourir et y participer avec leurs cohéritiers lignagers; car, on l'a déja dit ci-dessus, l'effet de ce retrait, lorsqu'il s'exerce au partage des biens de la communauté, est de faire porter l'héritage sujet à ce

retrait dans le lot de la succession du conjoint lignager prédécédé. Après que les héritiers lignagers, en exerçant ce retrait, l'y auront fait porter, les héritiers étrangers de la ligne qui sont appelés avec les héritiers lignagers à cette succession, y trouvant cet héritage, doivent avoir le droit de le partager avec eux; et par ce moyen, ils concourront et participeront au bénéfice de ce retrait. Ajoutez que c'est une chose assez commune en droit, que ce que nous n'avons pas de notre chef *et ex propriâ personâ*, nous puisse être communiqué *ex personâ alterius*. Nonobstant ces raisons, je crois qu'on doit décider que, même en ce cas, les héritiers étrangers de la ligne ne doivent avoir aucune part à ce retrait. La raison est, que ce retrait est une espèce de retrait lignager, et qu'il est de la nature du retrait lignager de n'être ni cessible, ni par conséquent communicable à des étrangers. C'est pourquoi je pense que dans ce cas-ci les héritiers lignagers peuvent en exercer le retrait, non en faisant porter l'héritage dans le lot de la succession du prédécédé, mais à leur profit seul, et de la manière que nous l'expliquerons *infrà, n.* 515. S'il y a du bénéfice dans ce retrait, ils ne sont pas obligés d'en faire rapport à leurs cohéritiers étrangers; car un héritier n'est obligé au rapport que de ce que le défunt lui a donné : mais les héritiers lignagers tenoient non du défunt, mais de la loi, le droit de retrait qu'ils ont exercé, et par conséquent l'exercice qui leur en est revenu.

Pareillement, lorsque, entre plusieurs héritiers lignagers, les uns veulent exercer ce retrait, les autres ne le veulent pas, ceux qui veulent l'exercer ont droit de l'exercer en entier.

Mais si tous veulent l'exercer, celui d'entre eux qui a prévenu ne doit avoir aucune préférence sur ses cohéritiers. En exerçant ce retrait, il est censé l'avoir exercé tant pour lui que pour ses cohéritiers qui voudroient y avoir part : car c'est un principe en fait de partage de succession, que tout ce qu'un héritier fait en qualité d'héritier,

il est censé le faire pour tous ses cohéritiers, et leur en doit faire raison au partage; *arrêt cité par les annotateurs de Duplessis, chap.* 10.

§. IV. Sur qui le retrait de mi-denier a-t-il lieu?

509. Le retrait de *mi-denier* que les coutumes de Paris et d'Orléans accordent, a lieu sur le conjoint étranger de la ligne du vendeur, et sur les héritiers de ce conjoint, pourvu qu'ils soient aussi étrangers de cette ligne.

S'ils étoient lignagers, il n'y auroit pas lieu à ce retrait; car le retrait de mi-denier est un vrai retrait lignager: et c'est une régle dans les coutumes de Paris et d'Orléans, que *lignager sur lignager n'a droit de retenue;* Loysel, III, 5, 9. La coutume de Paris, *art.* 155, s'en explique; il y est dit: « La moitié dudit héritage gît en retrait à l'encontre de « celui qui n'est lignager, ou ses hoirs, *s'ils ne sont ligna-* « *gers, etc.* »

510. Si entre les héritiers du conjoint étranger, il y en a qui soient lignagers, et que les autres soient étrangers, ce retrait de mi-denier peut avoir lieu sur les héritiers étrangers pour les parts qu'ils ont dans la portion du défunt. Mais si avant la demande en retrait, par partage ou autrement, la portion du défunt avoit passé en entier aux héritiers lignagers, le retrait de mi-denier ne pourroit plus avoir lieu, ceux sur lesquels il pourroit avoir lieu n'ayant plus aucune part dans l'héritage.

511. Le retrait de mi-denier n'a lieu que sur le conjoint étranger ou ses héritiers: lorsque le conjoint lignager a prédécédé, et n'a laissé que des héritiers étrangers, les autres lignagers de la famille du vendeur peuvent bien exercer le retrait sur le conjoint étranger survivant: mais ils ne le peuvent exercer sur les héritiers étrangers du conjoint lignager; car le retrait de mi-denier n'est que de la portion du conjoint étranger; *suprà, n.* 505.

§. V. Dans quel temps s'exerce le retrait de mi-denier.

512. Le retrait de mi-denier, de même que le retrait ordinaire, doit, dans les coutumes de Paris et d'Orléans, et dans la plupart des autres coutumes, être exercé dans l'an et jour.

Le retrait de mi-denier a cela de particulier, que l'an et jour ne court que du jour de la dissolution de communauté. La raison en est évidente : ce retrait de mi-denier n'est ouvert que par la dissolution de la communauté; le temps de l'exercer ne peut donc pas commencer à courir plus tôt.

513. Les mêmes causes qui empêchent l'an et jour de courir pour le retrait ordinaire (*suprà*, *chap.* 7), l'empêchent pareillement de courir pour le retrait de mi-denier. C'est pourquoi si, par exemple, lors de la dissolution de la communauté, le contrat d'acquisition de l'héritage sujet au retrait lignager n'étoit pas encore insinué; si dans les coutumes dans lesquelles l'an du retrait ne court que du jour de la foi portée, ou de la saisine prise, le mari, lors de la dissolution de la communauté, n'avoit pas porté la foi, ou n'avoit pas pris saisine; dans tous ces cas, l'an de ce retrait ne courra pas jusqu'à ce que le conjoint étranger ou ses héritiers aient porté la foi ou pris saisine.

L'article 155 de Paris, en disant que l'héritage gît en retrait dedans l'an et jour du décès, *supposé qu'il y eût saisine ou inféodation prise durant le mariage*, donne assez à entendre que si cela n'avoit pas été fait durant le mariage, l'an et jour ne courroit pas du jour du décès, mais seulement du jour de l'inféodation ou saisine prise depuis le mariage : c'est ce qu'ont fort bien observé les annotateurs de Duplessis. Quand même la coutume de Paris ne s'en seroit pas expliquée, cela devroit avoir lieu; car le retrait de mi-denier étant un vrai retrait lignager, doit être sujet aux régles du retrait lignager ordinaire; et par conséquent les mêmes causes qui empêchent le temps du retrait ordinaire de courir, doivent aussi empêcher de courir le temps

de celui-ci. En vain dit-on que le conjoint lignager à qui ce retrait est accordé, n'a pu ignorer l'acquisition qu'il a faite; car cette raison pourroit être de considération, si c'étoit à lui seul que ce retrait fût accordé : mais étant accordé à toute la famille, et le conjoint lignager n'ayant qu'une préférence sur les autres lignagers, cette raison tombe.

514. Quoique, dans le cas d'acceptation de communauté, ce retrait ne s'exécute qu'au partage, lorsque c'est le conjoint lignager ou ses héritiers qui l'exercent; et quoique les autres lignagers ne puissent l'exécuter qu'après le partage, puisqu'ils n'ont le droit de retrait de mi-denier que subsidiairement, au cas que le conjoint lignager ou ses héritiers ne l'aient pas exercé; néanmoins ce retrait doit être demandé dans l'an et jour de la dissolution de communauté, sauf au juge à en renvoyer l'exécution au partage, ou après le partage. La coutume de Paris s'en est expliquée formellement, *art.* 157.

§. VI. Comment s'exerce le retrait de mi-denier.

515. Ce retrait de *mi-denier* peut s'exercer au partage de la communauté : il n'est sujet en ce cas à aucune formalité des demandes en retrait; car en ce cas la demande qui en est faite est un incident, et fait partie de la demande en partage.

Lorsqu'il est exercé au partage de la communauté par le conjoint lignager, ou par tous ses héritiers, il s'exerce en portant dans le lot du lignager l'héritage pour la somme qu'il a coûté à la communauté, tant pour le prix de l'acquisition, que pour les loyaux coûts et mises, et en portant d'autres effets de la commuuauté pour l'équivalent dans le lot de l'étranger : s'il n'en restoit pas suffisamment dans les biens de la communauté pour lui fournir cet équivalent, on le lui suppléeroit par un retour dont on chargeroit le lot du lignager.

Lorsque le retrait s'exerce par une partie seulement des héritiers du conjoint lignager, les autres, ou n'ayant pas

de droit à ce retrait, parcequ'ils sont étrangers de la ligne, ou ne voulant pas l'exercer, parcequ'ils ne le trouvent pas avantageux; en ce cas le retrait ne peut pas s'exercer de la même manière. On ne doit pas, comme dans l'espèce précédente, porter l'héritage entier dans le lot de la succession du prédécédé lignager, les héritiers étrangers n'ayant pas le droit de partager avec les héritiers lignagers la moitié qu'a le conjoint survivant dans cet héritage, et qui est sujette au retrait; mais, même en ce cas, le retrait de la moitié du conjoint étranger survivant ne laisse pas de pouvoir s'exercer au partage des biens de la communauté d'une autre manière. On portera l'héritage dans la masse des biens de la communauté pour la somme qu'il a coûté à la communauté, tant pour le prix de l'acquisition que pour les loyaux coûts et mises; et après avoir liquidé la somme à laquelle monte la part de chacun des copartageants, tant dans les biens de la communauté que dans la subdivision de la portion qui en appartient à la succession du prédécédé, on portera dans le lot que les héritiers lignagers doivent avoir pour leur part en la subdivision, l'héritage pour la moitié qu'ils ont droit de retirer sur le conjoint survivant, et pour la moitié de la somme pour laquelle il a été compris dans la masse; si cela excédoit ce qui leur revient, on chargeroit leur lot d'un retour en deniers envers le conjoint survivant, retour qui, avec des effets de la communauté qu'on donnera à ce conjoint, servira à le remplir du prix de la moitié qui est retirée sur lui.

Lorsque l'héritage, par l'estimation qui a été faite, depuis la mort du prédécédé, des biens de la communauté, se trouve être d'une plus grande valeur que la somme qu'il a coûté à la communauté, le conjoint étranger survivant ne devant pas profiter de cette plus-value, au moyen du retrait qu'on a droit d'exercer sur lui, l'héritage ne sera porté dans la masse des biens de la communauté que pour la somme qu'il a coûté à la communauté, sauf aux héritiers du prédécédé à se faire raison entre eux de la plus-value. Ceci s'éclaircira par un exemple. Supposons que l'héritage,

tant pour le prix de l'acquisition que pour les loyaux coûts et mises, a coûté à la communauté 10,000 liv., et que par le rapport estimatif fait pour parvenir au partage, il ait été estimé 13,000 liv.; il ne sera néanmoins porté dans la masse que pour la somme de 10,000 liv. Supposons aussi que le conjoint lignager prédécédé a laissé trois héritiers, dont un seul est lignager, et les deux autres sont étrangers de la ligne. On a porté dans le lot que l'héritier lignager doit avoir pour sa part dans la subdivision, cet héritage, non seulement pour la moitié qu'il a déclaré vouloir retirer sur le conjoint survivant, mais même pour l'autre moitié qui appartient à la succession du prédécédé, et on l'y a porté pour la somme de 10,000 liv., qui est celle pour laquelle il étoit porté en la masse; cet héritier lignager ne doit à la vérité faire aucune raison à ses cohéritiers étrangers de la ligne, de la plus-value de l'héritage pour la moitié du conjoint survivant. Le droit qu'il avoit de la retirer étant un droit qui appartenoit à lui seul, le bénéfice qui lui en est revenu ne doit appartenir qu'à lui seul; mais il doit leur faire raison de la plus-value pour l'autre moitié qui appartenoit à la succession : cette moitié n'étant sujette à aucun droit de retrait, et ne lui ayant été délivrée que pour la commodité du partage, la plus-value de cette moitié étant de 1,500 livres, il doit faire raison à chacun d'eux de la somme de 500 livres pour le tiers revenant à chacun d'eux. Si cette moitié eût été portée au lot de ses cohéritiers, ils seroient pareillement tenus de lui faire raison de la plus-value.

Lorsque, par le rapport, l'héritage a été estimé à une somme moindre que celle qu'il a coûté à la communauté, et que l'un des héritiers du conjoint lignager veut en exercer le retrait pour empêcher que, par le sort du partage, il ne reste au conjoint étranger survivant, cet héritage sera porté dans la masse pour la somme à laquelle il a été estimé par le rapport, et ensuite porté pour cette somme dans le lot du retrayant, au moins pour la moitié qu'il a droit de retirer sur le conjoint survivant, mais à la

charge par le retrayant de faire raison pour cette moitié au conjoint survivant, de ce que l'héritage a coûté de plus à la communauté, que la somme pour laquelle il a été employé dans la masse.

516. Lorsque la femme lignagère ou ses héritiers ont renoncé à la communauté, n'y ayant pas en ce cas de partage de communauté à faire, ils ne peuvent exercer leur droit de retrait que par une demande en retrait, laquelle doit être sujette à toutes les formalités des retraits.

A plus forte raison, les autres lignagers ne peuvent exercer ce retrait que par une demande en retrait dans toutes les formes. Mais comme le conjoint lignager et ses héritiers lignagers leur sont préférés, on doit, sur la demande qu'ils donnent, ordonner qu'il sera sursis à faire droit jusqu'au partage.

Si le conjoint lignager ou ses héritiers exerçoient ce retrait au partage, ou même si, sans qu'ils l'exerçassent, l'héritage tomboit en entier dans leur lot, la demande du tiers lignager tomberoit : si au contraire l'héritage ou partie d'icelui tomboit au lot du conjoint étranger ou de ses héritiers étrangers, on feroit droit sur la demande du tiers lignager.

§. VII. Des obligations des retrayants.

517. Le retrayant doit rembourser le mi-denier des mêmes choses qui doivent être remboursées dans le retrait ordinaire.

Le retrait de mi-denier a cela de particulier, que le retrayant doit faire raison du mi-denier des impenses non nécessaires, et seulement utiles, jusqu'à concurrence de ce que l'héritage s'en trouve plus précieux; *Orléans*, *art.* 381. La raison est que ce retrait n'étant ouvert que lors de la dissolution du mariage, qui peut quelquefois durer longtemps, il seroit injuste que l'acquéreur, pendant tout ce temps, fût empêché d'améliorer son bien; au lieu que dans le retrait ordinaire, l'acquéreur ne souffre pas un grand préjudice d'attendre l'expiration de l'année pour faire les

améliorations qu'il veut faire, étant en son pouvoir de faire courir ce temps aussitôt qu'il a acquis.

518. Il est évident que le terme fatal de vingt-quatre heures, dans lequel le remboursement doit se faire dans le retrait ordinaire, n'a pas lieu dans le retrait de mi-denier, lorsqu'il s'exerce au partage; mais lorsqu'il est exercé par les autres parents, ou même par la femme ou par ses héritiers en cas de renonciation à la communauté, le remboursement doit être fait ou offert dans le terme fatal, de même que dans le cas du retrait ordinaire.

519. Les fruits dans ce retrait, comme dans le retrait ordinaire, ne sont dus au retrayant que du jour de ses offres réelles de rembourser l'acquéreur.

§. VIII. De l'effet du retrait de mi-denier.

520. Lorsque ce retrait s'exerce par le conjoint lignager ou par ses héritiers au partage des biens de la communauté, le conjoint lignager, lorsqu'il est le survivant, possède cet héritage comme une chose à laquelle, avec les autres choses qui sont tombées dans son lot, s'est déterminée sa part dans les biens de la communauté qui a été entre lui et l'autre conjoint, et par conséquent comme un conquêt de cette communauté. Pareillement, lorsque le conjoint lignager est prédécédé, ses héritiers sont censés lui succéder à cet héritage entier, comme à une chose à laquelle, avec les autres choses qui composent le lot de la succession de ce conjoint, s'est déterminée la part qui appartient à cette succession dans les biens de la communauté; ou lorsqu'il n'y a que l'un d'eux qui a exercé le retrait, comme une chose à laquelle s'est déterminée sa part en la subdivision de cette succession.

De là il suit, 1° que les hypothèques dont cet héritage a été chargé par le mari étranger, ne sont aucunement éteintes en ce cas par le retrait : car la femme lignagère ou ses héritiers tenant cet héritage en entier comme une chose dont leur part en la communauté est composée, et par conséquent comme un conquêt de cette communauté,

ils ne le peuvent tenir qu'à la charge des hypothèques dont le mari, comme chef de la communauté, a eu droit de charger pour le total les conquêts de la communauté, et par conséquent, même pour la part qui tombe dans le lot de sa femme ou de ses héritiers : il en est de même des autres droits réels imposés par le mari.

De là il suit, 2° que si le vendeur de l'héritage sujet à ce retrait, devenoit l'héritier du conjoint lignager, sa qualité de vendeur ne l'empêcheroit pas de pouvoir exercer de cette manière le retrait de cet héritage au partage des biens de la communauté; car, en l'exerçant de cette manière, il ne se rend pas, comme dans le retrait ordinaire, acheteur lui-même à la place de celui sur qui il exerce le retrait, ce qui seroit incompatible avec sa qualité de vendeur; il n'a que la qualité d'héritier du conjoint lignager à la part de ce conjoint dans les biens de la communauté, dont, au moyen du retrait, l'héritage entier fait partie, laquelle qualité n'a rien d'incompatible avec celle de vendeur de cet héritage.

De là il suit, 3° que les héritiers qui ont exercé ce retrait, tenant, même la partie retirée, comme une chose qui fait partie de la succession du conjoint prédécédé, doivent les profits seigneuriaux qui sont dus pour les successions.

521. Lorsque le retrait ne s'exerce pas au partage; comme lorsqu'il est exercé par la femme lignagère ou par ses héritiers, en cas de renonciation à la communauté, ou par les autres lignagers, au refus du conjoint lignager ou de ses héritiers; ce retrait, en ce cas, a tous les mêmes effets que le retrait ordinaire; le retrayant est, de même que dans le retrait ordinaire, subrogé à l'achat du conjoint étranger sur lequel, ou sur les héritiers duquel le retrait est exercé; il est censé tenir du vendeur ce qu'il a retiré, et avoir acheté de lui.

De là il suit que ce retrait, de même que le retrait ordinaire, ne donne pas lieu à un nouveau profit. C'est pourquoi, lorsqu'en cas de renonciation à la communauté, les héritiers de la femme lignagère exercent le retrait sur le

conjoint survivant, ils ne doivent aucun profit; le droit de retrait qu'ils exercent étant un droit qu'ils ont de leur chef, ils sont censés avoir acheté eux-mêmes du vendeur l'héritage qu'ils retirent.

Par la même raison, si c'étoit le vendeur de l'héritage qui fût devenu l'héritier de la femme, sa qualité de vendeur, en cas de renonciation à la communauté, l'empêcheroit de pouvoir exercer ce retrait contre le mari étranger survivant; car il ne peut pas, par ce retrait, devenir l'acheteur du même marché du même héritage dont il est le vendeur, ces deux qualités étant incompatibles dans le même marché d'une même chose.

522. Enfin, lorsqu'en cas de renonciation à la communauté, la femme ou ses héritiers exercent le retrait, les hypothéques et autres droits réels imposés par le mari sur l'héritage retiré s'éteignent, de même que, dans le retrait ordinaire, s'éteignent toutes les charges imposées par l'acheteur sur qui le retrait est exercé: car la femme ou ses héritiers qui en ont exercé le retrait, ne tiennent pas cet héritage comme un effet de la communauté, à laquelle ils ont renoncé; l'achat que les conjoints en ont fait en commun durant leur mariage, s'éteint en la personne du mari étranger, par le retrait qui est exercé sur lui, et passe en la personne de la femme ou de ses héritiers, ou autres retrayants qui sont censés, de même que dans le retrait ordinaire, avoir acheté directement du vendeur.

Duplessis, *en sa douzième observation sur le chapitre* x *de son Traité des retraits*, paroît d'avis contraire au nôtre; car sans distinguer si ce retrait s'exerce au partage de la communauté, ou non, il dit que ce retrait n'éteint pas les hypothéques et autres charges imposées par le mari sur qui le retrait s'exerce, et qu'en cela le retrait de mi-denier est différent du retrait ordinaire. Les raisons de différence qu'il apporte, sont que « le retrait ordinaire se fait sur le « contrat de vente, et résout tout le droit de l'acquéreur. « Au contraire le retrait de mi-denier (dit cet auteur), *ne se « fait point sur la première vente, mais sur la mutation qui*

« *arrive* par la dissolution du mariage : de sorte qu'*interìm*, « le mari a été véritable propriétaire ; et c'est tout de même « que quand un lignager a acquis un héritage, et que de-« puis il vient à le revendre ; auquel cas le retrait se peut « faire, non pas sur la première vente, mais sur la se-« conde. »

C'est fort mal-à-propos que cet auteur compare le cas du retrait de mi-denier au cas auquel un lignager a acquis un héritage, et le revend ensuite. On convient avec Duplessis, qu'en ce cas le retrait se fait, non sur la première vente, mais sur la seconde, et conséquemment que les hypothéques et autres charges imposées par le premier acheteur subsistent. Mais dans le cas du retrait de *mi-denier*, il n'y a pas une seconde vente ; il n'y a qu'une seule vente, qui est celle qui a été faite aux conjoints durant leur communauté : ce ne peut donc être que sur cette vente que le retrait s'exerce ; c'est au droit que cette vente avoit donné au conjoint étranger sur qui le retrait s'exerce, que le retrayant est subrogé par le retrait ; ce droit se résout en la personne de ce conjoint, pour passer en celle du retrayant, qui est censé avoir en sa place acheté du vendeur ; et par conséquent toutes les charges imposées sur l'héritage par ce conjoint doivent se résoudre, suivant la régle, *Soluto jure dantis, etc.* On ne sait ce que veut dire Duplessis, quand il dit : *Le retrait de mi-denier ne se fait pas sur la première vente, mais sur la mutation qui arrive par la dissolution du mariage.* A-t-on jamais dit qu'un retrait se fait *sur une mutation ?* Un droit de retrait n'est autre chose que le droit de prendre le marché d'un autre : la mutation qui arrive par la dissolution du mariage n'est pas un marché ; il n'y a pas eu d'autre marché ni d'autre vente que celle qui a été faite aux conjoints durant la communauté : ce ne peut donc être que sur cette vente que le retrait peut s'exercer après la dissolution de la communauté. Quant à ce qu'ajoute Duplessis, que *le mari* (sur qui le retrait s'exerce) *interìm, a été véritable propriétaire*, on en convient. Dans le retrait ordinaire, celui sur

qui on a exercé le retrait a été aussi propriétaire, jusqu'à ce que le retrait ait été exercé; mais dans l'un et dans l'autre, ce droit de propriété qu'il a eu s'éteint en sa personne, et entraîne l'extinction de toutes les charges qu'il avoit imposées sur l'héritage retiré.

§. IX. Des manières dont s'éteint le retrait de mi-denier.

523. Le retrait de mi-denier, de même que le retrait ordinaire, s'éteint par la prescription annale, lorsque tous ceux à qui la loi l'accorde ont laissé passer l'an et jour dans lequel il doit être exercé.

Cette prescription court, comme dans le retrait ordinaire, contre les mineurs de même que contre les majeurs. Je pense néanmoins qu'il y a cette différence, que le retrait ordinaire n'étant pas accordé déterminément à une personne de la famille, mais à toute la famille en général, ceux de la famille qui auroient été pendant le temps du retrait dans l'impuissance absolue de l'exercer, *putà*, si c'étoient des mineurs qui eussent été pendant tout ce temps destitués de tuteurs, ne pourroient pas pour cela prétendre que ce temps n'a pas couru contre eux, ni être en conséquence admis à l'exercer: au contraire le retrait de mi-denier étant accordé spécialement et déterminément au conjoint lignager ou à ses héritiers lignagers; si ces héritiers ont été dans cette impuissance, je pense que l'an et jour de ce retrait ne doit pas courir contre eux.

524. Quoique le retrait lignager ordinaire soit éteint indistinctement par le retour de l'héritage à la famille, avant aucune demande en retrait intentée, il n'en est pas de même du retrait de mi-denier; car le conjoint lignager ou ses lignagers ayant pour ce retrait la préférence sur tous les autres lignagers du vendeur, si le conjoint étranger ou ses héritiers, quoiqu'avant aucune demande en retrait, disposoient de leur portion sujette à ce retrait envers un lignager, ce retour à la famille ne préjudicieroit pas au droit qu'ont le conjoint lignager ou ses héritiers ligna-

gers, d'exercer le retrait de cette portion préférablement à tous les autres lignagers.

525. Lorsque le conjoint lignager ou ses héritiers lignagers laissent comprendre dans le partage des biens de la communauté l'héritage, et qu'il tombe, soit pour le total, soit pour partie, au lot du conjoint étranger ou de ses héritiers, le conjoint lignager ou ses héritiers qui ont souscrit à ce partage sans protestation d'exercer le retrait, sont censés y avoir volontairement renoncé, et ce droit de retrait est éteint à leur égard ; mais il ne laisse pas de subsister à l'égard des autres lignagers, s'ils ont donné leur demande, ou s'ils sont encore dans le temps de la donner. *Voyez Paris, art.* 157.

APPENDICE

A LA PREMIÈRE PARTIE.

§. I. De l'action en répétition de retrait.

526. Nous avons vu au chapitre premier, l'attention qu'avoient eue les coutumes à rechercher et punir les fraudes qui pourroient être concertées entre le vendeur et l'acheteur contre le droit de retrait des lignagers : elles n'ont pas été moins attentives à rechercher et empêcher celles qui pourroient être commises par les lignagers contre les acheteurs, en exerçant contre eux, sous leur nom, mais pour une personne étrangère, le retrait lignager qu'ils n'ont droit d'exercer que pour eux-mêmes.

Plusieurs coutumes ont prévu cette fraude, et ont donné à l'acheteur, lorsqu'il la pouvoit justifier, une action pour rentrer dans l'héritage qui a été retiré sur lui : on appelle cette action, *action en répétition de retrait.*

§. II. Ce que c'est que l'action en répétition de retrait; et en quel cas elle a lieu.

527. L'action en répétition de retrait est une action rescisoire de l'adjudication ou de la reconnoissance du retrait, fondée sur le dol du lignager, et de l'étranger à qui il a prêté son nom pour exercer le retrait.

Elle est en même temps *actio utilis in rem;* car l'adjudication ou reconnoissance du retrait, et l'aliénation que l'acquéreur a faite de son héritage au retrayant, étant par cette action rescindées, l'acquéreur est censé en être demeuré propriétaire, et avoir par conséquent le droit de le revendiquer par cette action.

Au reste, c'est une *actio utilis* seulement; car dans la vérité l'acquéreur, en délaissant au faux retrayant l'héritage, *quamvìs ex causâ erroneâ*, a aliéné cet héritage, ayant eu

véritablement l'intention d'en abandonner la propriété au retrayant.

528. Dans les coutumes qui accordent cette action à l'acquéreur sur qui on a exercé un retrait frauduleux, il ne peut être douteux que l'acquéreur n'a pas besoin de se pourvoir par lettres de rescision. Il n'est pas nécessaire d'avoir recours au prince pour obtenir la rescision de quelque acte, lorsque la loi l'accorde elle-même, et donne une action pour cet effet. Dans les coutumes qui n'ont pas de disposition sur cette répétition de retrait, comme dans celle de Paris, et dans notre coutume d'Orléans, la question pourroit souffrir plus de difficulté.

Cette action naît de la fraude concertée entre le lignager et la personne à qui le lignager a prêté son nom pour exercer le retrait, et lui faire passer l'héritage : l'acquéreur, pour réussir dans l'action de répétition de retrait, doit établir cette fraude.

Cette fraude seroit pleinement justifiée, si on trouvoit sous un scellé le traité fait entre le lignager et la personne à qui il a prêté son nom.

Pourroit-on admettre la preuve testimoniale de cette fraude? Aucune loi ne la défend; néanmoins elle ne doit pas s'admettre indistinctement, mais seulement lorsqu'il y a déja de fortes présomptions qui font un commencement de preuve.

Quelques coutumes présument cette fraude lorsque le lignager qui a exercé le retrait, a revendu dans l'année l'héritage qu'il a retiré. *Anjou*, 398; *Maine*, 408; *Tours*, 171.

Hors de ces coutumes, je ne pense pas que la proximité du temps dans lequel le lignager a revendu à un étranger l'héritage qu'il a retiré, soit suffisante pour faire présumer cette fraude; il a pu retirer de bonne foi pour son compte, et peu après s'être trouvé dans des circonstances qu'il ne prévoyoit pas, et dont il n'est pas obligé de rendre compte, qui l'ont porté à revendre l'héritage qu'il a retiré : il a pu se dégoûter de cet héritage et changer d'avis. Mais lorsque cette circonstance de la proximité du temps concourt avec

d'autres circonstances, elle peut contribuer à la faire présumer : cela doit être laissé à l'arbitrage du juge. Au défaut de preuve, l'acquéreur qui intente cette action peut déférer, à celui à qui le lignager a revendu l'héritage, le serment décisoire, s'il n'est pas vrai qu'il y a eu entre le lignager et lui une convention, suivant laquelle le lignager, en exerçant le retrait, n'a fait que lui prêter son nom pour lui faire passer l'héritage.

529. L'effet de cette action est, que lorsque la fraude est constatée, le défendeur, qui est celui à qui le lignager a revendu l'héritage, sans avoir égard à l'adjudication ou reconnoissance du retrait, qui doit être déclarée nulle et frauduleusement obtenue, ni en conséquence à la vente qui lui en a été faite par le retrayant, doit être condamné à rendre l'héritage au demandeur, qui est l'acheteur sur qui le retrait a été exercé, à la charge que ce demandeur rendra les sommes qui lui ont été remboursées par le retrayant: car le retrait n'ayant pas lieu, il n'a aucun sujet de les retenir.

530. Observez que l'acheteur, demandeur en répétition du retrait, n'étant obligé à cette restitution des sommes qu'il a reçues du retrayant que par la régle d'équité qui ne permet pas que personne profite et s'enrichisse aux dépens d'un autre, *Neminem æquum est cum alterius detrimento locupletari*, il n'en est tenu qu'autant qu'il en a effectivement profité. C'est pourquoi, s'il étoit justifié qu'il n'en a pas profité, comme dans le cas auquel ces sommes auroient été payées à son tuteur, qui auroit fait banqueroute avant que de lui avoir rendu compte, il ne seroit pas tenu à cette restitution; et il lui suffiroit de céder les actions qu'il a pour ces sommes contre son tuteur: mais, à moins que le contraire ne soit justifié, il est présumé en avoir profité; *Vide in Pand. Justin. Tit. de cond. indeb. n.* 46.

531. L'acheteur, demandeur en répétition de retrait, ayant eu la jouissance du prix de l'héritage qui lui a été remboursé par le retrayant, il en doit être fait compensation avec celle de l'héritage qui a été retiré sur lui.

SECONDE PARTIE.

Du droit de retrait conventionnel, et du droit de retrait seigneurial, conféré avec le droit de retrait lignager.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

532. Nous avons vu au commencement de ce traité, qu'il y avoit trois principales espèces de droits de retrait, le lignager, le seigneurial et le conventionnel. Nous avons traité suffisamment du lignager en la première partie : il nous reste à dire quelque chose dans celle-ci des deux autres espèces de droit de retrait.

Par droit de retrait conventionnel, nous n'entendons pas ici le droit de réméré que nous avons expliqué en notre Traité du Contrat de vente, *part.* 5, *chap.* 2, *sect.* 3. Quoiqu'on donne aussi quelquefois à ce droit de réméré le nom de *retrait conventionnel*, nous entendons ici par le nom de retrait conventionnel, le droit qui naît d'une convention apposée lors de l'aliénation qui a été faite de l'héritage, par laquelle celui qui l'a aliéné a stipulé que lui et ses successeurs auroient le droit, toutes les fois que l'héritage seroit vendu, soit par l'acquéreur, soit par ses successeurs, d'avoir la préférence sur les acheteurs, et de prendre leur marché.

533. Il n'est pas nécessaire, pour avoir ce droit de retrait conventionnel, d'avoir la seigneurie directe de l'héritage qui y est sujet : celui qui n'a pas la seigneurie directe de son héritage, et qui le tient à cens, peut, en l'aliénant, se réserver le droit de retrait conventionnel; et pareillement celui qui retient en fief peut, par l'aliénation qu'il

en fait, en se dessaisissant de sa seigneurie directe, se réserver néanmoins ce droit de retrait conventionnel.

534. Le droit de retrait seigneurial est le droit qu'a le seigneur, en sa qualité de seigneur, de prendre le marché de l'acquéreur, lorsque l'héritage mouvant de lui est vendu.

535. La nature de ce droit est différente, suivant les différentes coutumes. Dans celles de Tours, Montargis, et quelques autres, ce droit n'est accordé aux seigneurs que pour réunir à leur fief dominant celui qui en est mouvant, lorsqu'il est vendu. C'est pourquoi, dans ces coutumes, on doit le définir, le droit qu'a le seigneur de prendre et réunir à son fief dominant le fief qui en est mouvant, lorsqu'il est vendu, en indemnisant l'acquéreur de tout ce qu'il lui en a coûté pour l'acquérir.

536. Dans les autres coutumes, Dumoulin pensoit que, quoique la réunion actuelle ne fût pas de l'essence du retrait féodal, *formalis unio non est de essentiâ retractûs feodalis;* néanmoins il étoit de l'essence de ce retrait que le seigneur l'exerçât dans la vue de retenir l'héritage pour lui, et de le pouvoir réunir quand il le jugeroit à propos.

Selon la nouvelle jurisprudence, la fin de la réunion n'est plus regardée comme essentielle au retrait seigneurial; le seigneur peut l'exercer pour toute autre fin, ne fût-ce que pour en retirer de l'émolument et profiter du bon marché. C'est pourquoi on doit le définir aujourd'hui, le droit qu'a le seigneur, lorsque le fief mouvant de lui est vendu, de prendre le marché de l'acquéreur qu'il ne veut pas avoir pour vassal. Nous ne nous proposons pas de donner un Traité du retrait seigneurial ou féodal, il y a un grand nombre de bons traités sur cette matière, qui sont entre les mains de tout le monde; nous en avons aussi traité dans notre Introduction au Traité des Fiefs de la coutume d'Orléans, *chap.* 7. Nous nous bornerons ici à remarquer sommairement les convenances et les différences des trois espèces de retrait.

SECTION PREMIÈRE.

Convenances et différences sur la nature des différents droits de retrait, et de la préférence entre eux.

537. Ces différents droits conviennent en ce qu'ils consistent dans le droit de prendre le marché de l'acheteur: ils diffèrent principalement, comme nous l'avons déja observé, *part.* 1, en ce que le droit de retrait lignager est une pure grace que la loi municipale accorde aux lignagers du vendeur, qui n'ont aucun droit dans l'héritage que leur parent juge à propos de vendre; au lieu que le droit de retrait conventionnel est un droit véritable, que celui à qui il appartient a dans l'héritage qui y est sujet, qui n'a été aliéné que sous cette charge.

Pareillement, le droit de retrait seigneurial est un véritable droit qui appartient au seigneur, comme renfermé dans le droit de seigneurie que le seigneur a retenu par l'inféodation, dans les héritages mouvants de lui.

538. Ce droit de retrait seigneurial s'appelle aussi droit de retrait féodal; car c'est aux seigneurs de fief que la plupart des coutumes attribuent ce droit. Peu de coutumes l'ont étendu aux seigneurs de censive, comme nous le verrons *infrà*.

539. Ce droit de retrait féodal dans les coutumes qui l'admettent, est un droit qui appartient à la nature des fiefs. C'est pourquoi, suivant les principes établis en notre Traité des obligations, *n.* 7, il n'est pas nécessaire qu'il en soit fait mention dans l'acte d'inféodation. Suivant ce principe, soit que cet acte d'inféodation n'existe plus, soit qu'il existe, et qu'il ne soit fait aucune mention par cet acte du droit de retrait féodal, le seigneur ne laisse pas de devoir jouir de ce retrait; car le seigneur, en concédant l'héritage à titre de fief, est censé s'être retenu tous les droits qui sont de la nature des fiefs. Mais si ce droit étoit expressément exclus par l'acte d'inféodation, le seigneur

ne pourroit le prétendre; car ce droit est bien de la nature, mais il n'est pas de l'essence du fief.

540. Entre ces espèces de droits de retrait, lorsqu'ils se trouvent en concurrence, le droit de retrait lignager, suivant la plupart des coutumes, qui forment le droit commun, l'emporte-t-il sur le droit de retrait féodal?

La raison de douter est, que le droit de retrait lignager, comme nous venons de l'observer, n'étant qu'une grace de la coutume, il sembleroit que ce retrait devroit céder au féodal, qui est un véritable droit qu'a le seigneur, renfermé dans son droit de seigneurie directe; les lois, lorsquelles accordent des graces, étant toujours censées les accorder sans préjudice du droit de tiers. La raison de décider a été, que par la nature de l'inféodation et de l'investiture, le seigneur, en concédant son héritage à titre de fief, ou en recevant en foi un acquéreur, est censé lui concéder le fief pour lui et pour toute sa parenté. C'est pourquoi il ne peut refuser d'en accorder le renouvellement d'investiture à ceux de cette parenté, ni par conséquent exercer sur eux le retrait féodal, qui consiste, comme nous le verrons ci-après, dans le refus d'investiture.

541. On a poussé ce principe jusqu'à décider que non seulement le seigneur féodal ne peut exercer le retrait féodal sur les acquéreurs lignagers ou retrayants lignagers; mais que les lignagers peuvent exercer le retrait lignager sur le seigneur, lorsqu'il les a prévenus dans le retrait, ou même lorsque le seigneur a acheté directement de leur parent. (*Voyez Orléans, art.* 365, *et les notes.*) La raison est, qu'il ne peut opposer aux lignagers qui exercent le retrait sur lui, qu'il a dans sa qualité de seigneur un droit plus fort que le leur pour acquérir l'héritage; car ayant accordé l'investiture pour toute la parenté de celui qu'il a investi, il n'a ce droit qu'à l'égard de ceux qui ne sont pas de cette parenté; *Molin. Consuet. Par.* §. 22, *n.* 1.

542. Au contraire, suivant le même Dumoulin, *ibid. n.* 3, le droit de retrait conventionnel l'emporte sur le retrait lignager; car celui qui s'est réservé ce droit, se l'étant ré-

servé indistinctement pour toutes les fois que l'héritage seroit vendu, sans aucune distinction des personnes à qui il seroit vendu, il doit avoir lieu sur les lignagers, de même que sur les autres acquéreurs. L'aliénation qui a été faite de cet héritage au premier acquéreur, n'ayant été faite que sous la charge de ce retrait conventionnel, lorsque l'héritage seroit vendu; cet acheteur ou ses successeurs qui l'ont revendu, n'en ayant été, lorsqu'ils l'ont revendu, propriétaires que sous cette charge, ils n'ont pas pu, en le vendant, transférer à leurs lignagers qui l'ont acquis, ou directement ou indirectement, par le retrait qu'ils ont exercé sur l'acheteur, plus de droit qu'ils n'en avoient eux-mêmes; et par conséquent les lignagers n'ont pu acquérir cet héritage, soit directement, soit par retrait, qu'à la charge de souffrir le retrait conventionnel.

543. Le retrait conventionnel est-il pareillement préférable au féodal? ou si c'est le féodal qui est préférable au conventionnel? On dira en faveur du retrait féodal, que celui qui exerce un retrait conventionnel est vraiment acheteur en la place de celui sur qui il l'exerce, et, en cette qualité d'acheteur, sujet à tous les droits seigneuriaux qui ont lieu en cas de vente, et par conséquent au retrait féodal. On dit au contraire qu'il est vrai que celui qui a exercé le retrait conventionnel est sujet au profit de lods et ventes, mais qu'il ne faut pas toujours argumenter des lods et ventes au retrait féodal: que les lignagers qui exercent le retrait lignager sont sujets au profit de vente, sans néanmoins être sujets au retrait féodal: qu'on peut pareillement soutenir que celui qui a exercé le retrait conventionnel, quoiqu'il soit sujet au profit de vente, ne doit pas être sujet au retrait féodal, parceque ayant été, ou celui au droit duquel il est, le vassal du seigneur, et n'ayant cessé de l'être que dans l'espérance de le redevenir par la clause de retrait conventionnel apposée à l'aliénation de son héritage, le seigneur auroit mauvaise grace à le refuser pour vassal. D'ailleurs il peut opposer, *Si vinco vincentem te, à fortiori vinco te.* Je suis, dira-t-il, préféré aux lignagers,

comme nous l'avons vu ci-dessus; à plus forte raison je dois être préféré à vous, à qui les lignagers sont préférés. Ce sentiment paroît être celui de Dumoulin, *in Cons. Par.* §. 33, *gl.* 2, *n.* 53 : il pose pour maxime que *Retractus conventionalis excludit legalem, ut dictum est* §. 22, *n.* 4; *etiam retractum proximitatis excluderet; multò fortiùs feudalem.* Il est vrai que Dumoulin, dans cet endroit, traite du droit de réméré; mais il pose cette maxime comme une maxime générale, qui comprend les différentes espéces de retrait conventionnel, et par conséquent celle qui consiste dans le droit de prendre le marché de l'acheteur, lorsque la chose est vendue, dont il a traité en sa glose sur l'article 22 : c'est ce qui résulte évidemment de ces termes, *ut dictum est* §. 22, *etc.*

Il y a néanmoins des jurisconsultes qui pensent que cette espéce de retrait conventionnel ne doit avoir la préférence sur le droit de retrait féodal, que lorsque ce droit de retrait conventionnel est limité, ou à la personne de celui qui a aliéné l'héritage, ou à un certain temps, et qu'il ne doit pas l'avoir lorsque c'est un droit perpétuel, parcequ'il ne doit pas être au pouvoir du vassal, en imposant la charge d'un droit perpétuel de retrait conventionnel sur son héritage, de donner une atteinte considérable au droit de retrait du seigneur : c'est l'avis de M. R.

544. Lorsque par l'acte d'inféodation il y a une clause expresse qui porte, que toutes les fois que le fief sera vendu par le vassal, le seigneur pourra le retirer sur l'acheteur, le droit de retrait qui résulte de cette clause n'est pas un simple droit de retrait féodal, mais un droit de retrait conventionnel, qui doit donner la préférence au seigneur sur les lignagers; *Molin.* §. 22, *n.* 4. Il en seroit autrement si l'acte d'inféodation portoit seulement, que l'héritage est concédé *à la charge de la foi et hommage, des profits, droits de retrait, et autres charges portées par les coutumes :* le droit de retrait porté par cette clause n'est que le droit ordinaire du retrait féodal, qui doit céder au lignager.

545. Lorsque vous avez acquis de moi un héritage, à la charge que moi et mes successeurs aurions le droit de retrait toutes les fois qu'il seroit vendu, et que vous (ou quelqu'un de vos successeurs) l'avez vendu à Pierre avec pareille clause, que lorsque l'héritage seroit vendu, vous auriez le droit de retrait; il n'est pas douteux que lorsque l'héritage sera vendu par Pierre ou ses successeurs, moi et mes successeurs vous serons préférés, et à vos successeurs, pour le droit de retrait; car en vous retenant un droit de retrait sur l'héritage lorsque vous l'avez vendu à Pierre, vous n'avez pas pu préjudicier à celui que moi et mes successeurs y avions, et à la charge duquel vous tenez vous-même l'héritage.

Ne pouvoit-on pas dire de même, que lorsque j'ai vendu mon fief à la charge du droit de retrait lorsqu'il seroit vendu, je n'ai pu préjudicier au droit de retrait du seigneur? Non : la raison de différence est, que lorsque le seigneur m'a investi de mon fief, il m'a donné le droit d'en jouir et d'en disposer de telles manières et à telles charges que bon me sembleroit, et par conséquent d'en disposer, même à la charge de ce retrait. Étant donc censé avoir tacitement approuvé cette convention de retrait, il n'en peut empêcher l'exécution en exerçant le retrait féodal; et son droit de retrait féodal doit céder au conventionnel, comme nous l'avons vu *suprà*.

SECTION II.

Convenances et différences sur la nature de l'action qui naît des différents droits de retrait.

546. Le droit de retrait lignager n'étant qu'une grace que les coutumes accordent aux lignagers qui n'ont aucun droit dans l'héritage que leur parent a vendu, il s'ensuit que l'action qui en résulte ne peut être qu'une action personnelle qui naît de l'obligation que l'acquéreur, en acquérant, a contractée de céder aux lignagers son marché, s'ils jugeoient à propos de le retirer, laquelle obligation est formée par la loi municipale : elle est néanmoins personnelle

réelle, parceque la loi affecte l'héritage à l'accomplissement de cette obligation.

Au contraire le droit de retrait féodal et le droit de retrait conventionnel étant des droits réels que celui à qui ils appartiennent a dans l'héritage qui y est sujet, et qui ont été retenus par l'inféodation ou par l'aliénation de l'héritage, on peut dire que l'action qui résulte de ces droits de retrait, lorsqu'il y a ouverture, est une espèce d'action réelle, qui a néanmoins les conclusions de l'action personnelle; car le retrayant *intendit rem sibi dare oportere.*

547. Nous avons vu ci-dessus, *part.* 1, *chap.* 2, que l'action de retrait lignager n'étoit pas cessible. Au contraire l'action de retrait conventionnel est cessible; car le droit de retrait conventionnel, et l'action qui en résulte, n'ont d'autre fin que de profiter du bon marché, lorsque l'héritage sujet à ce droit est vendu; cette action fait partie des biens de celui à qui elle appartient, et il peut en disposer comme de tous ses autres biens.

L'action de retrait féodal a souffert autrefois plus de difficulté. Dumoulin pensoit qu'elle n'étoit pas cessible; mais aujourd'hui, si vous exceptez quelques coutumes, comme Tours, Montargis, qui n'accordent le droit de retrait féodal que pour réunir au fief dominant celui qui a été vendu, et dans lesquelles il est évident que l'action de retrait féodal ne peut être cessible; dans toutes les autres, la jurisprudence du parlement de Paris est constante que le seigneur peut céder à qui bon lui semble son action de retrait féodal. *Nec obstat* que le retrait féodal renfermant un refus que le seigneur fait d'investir l'acquéreur sur qui le retrait s'exerce, il semble qu'il n'y a que le seigneur à qui seul appartient d'accorder l'investiture, qui puisse la refuser, et exercer le retrait féodal : car par la cession que le seigneur fait de son action, et par le retrait que les cessionnaires du seigneur exercent comme étant à ses droits, *et tanquam ejus procuratores in rem suam*, le seigneur refuse l'investiture à l'acquéreur sur qui le retrait est exercé, autant que s'il exerçoit le retrait pour lui-même. Sur la ju-

risprudence des différents parlements à cet égard, *Voyez les Observations sur Henrys*, *tome* 1, *liv.* 3, *chap.* 3, *quest.* 16.

548. L'action de retrait lignager, comme nous l'avons vu, *partie première*, n'appartenant à aucune personne de la famille, *determinatè*, jusqu'à ce qu'elle ait été intentée, ne se transmet aux héritiers du lignager que lorsqu'il meurt après l'avoir intentée. Au contraire, l'action de retrait féodal et celle de retrait conventionnel sont transmissibles aux héritiers de celui à qui elles appartiennent, quoiqu'elles n'aient pas encore été intentées.

549. Lorsque la seigneurie est un propre, ou lorsque le fonds d'un droit de retrait conventionnel qui m'appartient est un propre, l'action de retrait féodal, ou de retrait conventionnel, qui a été ouverte à mon profit, se transmet-elle à mon héritier aux propres, ou à mon héritier aux acquêts? On peut dire, en faveur de l'héritier aux acquêts, que si j'étois mort après avoir exercé ce retrait, l'héritage que j'aurois retiré auroit été en ma personne un acquêt, puisque mon titre immédiat auroit été le contrat de vente qui en a été fait à la personne sur qui j'ai exercé le retrait, aux droits de laquelle j'ai été subrogé : donc, dira-t-on, l'action de retrait qui doit se terminer à cet héritage, doit être considérée comme un acquêt, l'action devant suivre la nature de la chose à laquelle elle se doit terminer. Quoique le fond du droit de retrait fût propre, il ne s'ensuit pas que le droit qui en naît soit pareillement propre : cette action étant quelque chose de distingué du fond du droit dont elle est née, comme la fille l'est de la mère, elle peut avoir une qualité différente. Enfin il n'y a que les choses qui nous sont avenues par succession, qui soient des propres. Le fond du droit de retrait m'est bien avenu par succession; mais l'action de retrait qui en est née, et qui, comme nous l'avons observé ci-dessus, est quelque chose de distingué du fond du droit de retrait, ne m'est pas avenue par succession; le titre en vertu duquel elle m'appartient, est le titre *pro suo;* c'est celui par lequel le propriétaire d'une

chose acquiert les fruits, et tout ce qui naît de cette chose.

Nonobstant ces raisons, je pense qu'on doit décider que l'héritier aux propres qui succède à la seigneurie et au fond du droit de retrait féodal qui y est attaché, doit aussi succéder à l'action. La raison est, que l'action de retrait féodal qui renferme un refus d'investir l'acquéreur sur qui le retrait s'exerce, ne pouvant s'exercer par conséquent que par le seigneur, ou par ses cessionnaires, par lesquels ce seigneur est censé lui-même l'exercer, cette action, jusqu'à ce qu'elle soit exercée, est inséparable de la seigneurie : ainsi le seul héritier aux propres, qui succède à la seigneurie, *peut succéder* à cette action qui s'y trouve attachée. Inutilement l'héritier aux acquêts succéderoit-il à cette action de retrait féodal, puisque ne succédant pas à la seigneurie, il seroit incapable d'exercer ce retrait, qui ne peut l'être que par le seigneur lui-même, à qui il appartient d'accorder ou de refuser l'investiture, ou par ses cessionnaires qui le représentent.

Il n'en est pas de même de l'action de retrait conventionnel, quoique le fond du droit de retrait conventionnel soit propre, et que l'héritier aux propres y succède ; l'action de retrait conventionnel qui est née de ce droit par la vente qui y a donné ouverture, n'étant point inséparable du fond du droit, l'héritier aux acquêts y doit succéder.

550. Quoique régulièrement l'action de retrait conventionnel soit cessible et transmissible aux héritiers de celui à qui elle appartient, néanmoins elle pourroit n'être ni cessible ni transmissible, si telle avoit été la volonté des parties lors de la convention ; car comme la volonté des parties forme le droit de retrait conventionnel, c'est elle qui en doit régler la nature.

551. Si la convention portoit, *à la charge* que *lorsque l'héritage sera vendu par l'acheteur ou ses successeurs, le vendeur* SEUL *aura le droit de le retirer*, il est clair que ce terme *seul* exclut la cessibilité de ce droit, et de l'action qui en

naît : mais exclut-il de même la transmissibilité? Tiraqueau, après avoir rapporté les sentiments d'un grand nombre d'auteurs pour et contre, décide fort bien que ce terme *seul* n'a d'autre sens, sinon que le vendeur ne pourra céder son droit. Mais ce terme n'empêche pas que ce droit de retrait ne passe aux héritiers du vendeur, tant médiats qu'immédiats : ces héritiers étant successeurs *in universum jus defuncti*, ils succèdent à cette qualité de *vendeur* à laquelle le droit de retrait a été réservé.

552. Il faudroit décider autrement, si par le contrat d'aliénation que Pierre a faite de son héritage, il étoit dit que *Pierre seul* pourroit, lorsque l'héritage seroit revendu, en exercer le retrait. Le droit en ce cas ne seroit ni cessible ni transmissible aux héritiers de Pierre ; car c'est à la personne naturelle de Pierre, en ce cas, que le droit de retrait auroit été retenu; et les héritiers de Pierre, quoiqu'ils succèdent aux droits de Pierre et à sa personne civile, ne sont pas néanmoins Pierre.

553. Ce que nous avons dit à la fin du chapitre 2, sur la divisibilité de l'action de retrait lignager, peut s'appliquer au seigneurial et au conventionnel.

SECTION III.

Convenances et différences sur les choses sujettes au droit de retrait.

554. Les trois espèces de droit de retrait conviennent en ce qu'il n'y a que des immeubles qui puissent être sujets au droit de retrait; les meubles n'en sont pas susceptibles, si ce n'est quelquefois lorsqu'ils font partie du marché d'un immeuble.

C'est pourquoi, si par la vente que je vous ai faite d'un certain meuble, j'étois convenu, qu'en cas de revente, moi et mes successeurs aurions la préférence sur tout autre acheteur, sur lequel nous aurions droit de retrait, il résulteroit bien de cette convention une obligation personnelle de votre part; et dans le cas auquel, contre la foi de cette convention, vous auriez vendu à quelqu'un cette

chose, sans m'offrir la préférence, j'aurois une action personnelle contre vous pour me faire délaisser cette chose au même prix que vous l'avez vendue, dans le cas auquel elle seroit encore par-devers vous ; ou une action en dommages et intérêts, dans le cas auquel la tradition en auroit été faite : mais il ne résulteroit de cette convention aucun droit de retrait que je pusse exercer contre l'acheteur. La raison est, que selon les principes de notre jurisprudence françoise, établie pour la facilité du commerce, les choses mobiliaires ne sont susceptibles d'aucuns droits réels qui puissent être suivis contre des tiers. C'est par cette raison que les meubles n'ont pas de suite par hypothéque. Par la même raison, ils ne peuvent être, par une convention, chargés d'un droit de retrait conventionnel qui puisse être poursuivi contre des tiers.

555. Les trois espéces de retrait diffèrent sur les choses qui y sont sujettes, en ce qu'il n'y a que les héritages propres qui soient sujets au retrait lignager dans la plupart des coutumes, comme nous l'avons vu amplement au chapitre III. Dans les deux autres espéces de retrait, la qualité de propre n'est d'aucune considération. Les choses sujettes au retrait féodal, sont les choses tenues en fief du seigneur à qui le droit appartient ; les choses sujettes au retrait conventionnel, sont les héritages qu'on est convenu qui y seroient sujets lors de l'aliénation qui en a été faite.

556. Observez qu'il n'y a que le fief même qui soit sujet au retrait féodal ; qu'il n'y a que la vente qui est faite du fief même, qui puisse donner ouverture à ce droit, de même qu'aux lods et ventes ; sur quoi *Voyez* ce que nous avons dit *en notre Introduction au Titre des Fiefs de la coutume d'Orléans*, *chap.* 5, *art.* 3, où nous renvoyons, pour ne pas nous répéter.

557. La disposition de l'article 395 de notre coutume d'Orléans, que nous avons rapportée *suprà*, *n.* 70, qui rend sujet au retrait lignager tout ce qui a été vendu par un même marché et pour un même prix, avec le propre

qui y est sujet, étant une disposition contraire au droit commun, ne doit être étendue ni au retrait féodal, ni au retrait conventionnel. C'est pourquoi, même dans cette coutume, celui qui a droit de retrait féodal ou de retrait conventionnel ne peut exercer le retrait que des héritages qui y sont sujets, et non du surplus de ce qui est compris au marché.

558. Néanmoins, dans toutes ces espèces de retrait, il est équitable que le retrayant puisse retirer des meubles aratoires, qui servent à l'exploitation de l'héritage sujet au retrait, et qui ont été vendus par un même marché avec cet héritage, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 68.

SECTION IV.

Convenances et différences sur les contrats qui donnent ouverture au retrait.

559. Ce que nous avons dit des contrats qui donnent ou ne donnent pas ouverture au retrait lignager, convient et peut être étendu au retrait féodal et au retrait conventionnel, à moins qu'il ne se trouvât dans les titres quelque clause particulière qui étendît ce droit de retrait à d'autres contrats qu'à ceux qui donnent ouverture au retrait lignager, ou qui en exclût quelqu'un de ceux qui y donnent ouverture.

560. Notre principe reçoit une autre exception dans les coutumes qui décident que les ventes par décret ne sont pas sujettes au retrait. Cette décision doit être restreinte au retrait lignager, et elle ne doit s'étendre ni au retrait féodal, ni au conventionnel. La raison de différence est, que le retrait lignager n'étant qu'une grace fondée sur la faveur de la conservation des héritages dans les familles, la loi ne fait point de tort aux lignagers, en ne leur accordant point cette grace dans les ventes par décret, qu'une autre raison de faveur pour le débiteur saisi porte à exempter du retrait, pour faire trouver plus d'enchérisseurs: mais le retrait féodal, non plus que le conventionnel, n'étant pas une

pure grace, mais un droit véritable, la faveur que mérite le débiteur saisi n'est pas une raison suffisante pour priver de leurs droits dans les ventes par décret, ceux à qui ce droit appartient. *Voyez la note sur l'article* 400 *de la coutume d'Orléans*. Observez que pour pouvoir exercer le retrait conventionnel sur une vente par décret, il faut avoir formé opposition au décret. Faute de cette opposition, le décret auroit purgé et éteint le droit de retrait conventionnel, de même qu'il purge tous les autres droits : il en est autrement du retrait féodal; car le décret ne purge pas les droits seigneuriaux.

SECTION V.

De quand le contrat de vente donne-t-il ouverture au retrait féodal et au conventionnel?

561. Suivant la doctrine de Dumoulin, *in Cons. Par.* §. 20, *gl.* 3, *n.* 4 *et seq.*, le contrat de vente, aussitôt qu'il est parfait par le consentement des parties, donne ouverture au retrait féodal, de même qu'au profit, quoiqu'il n'ait pas encore été exécuté, et qu'il ne soit intervenu aucune tradition, ni réelle, ni même fictive. *Voyez notre Introd. au Titre des Fiefs de la coutume d'Orléans*, *n.* 247.

Néanmoins si la chose étant entière, et avant la tradition réelle de l'héritage, les parties contractantes s'étoient désistées du contrat de vente, la vente seroit regardée comme non avenue, et le retrait cesseroit d'avoir lieu.

Mais lorsque la vente a été exécutée par la tradition réelle, la rétrocession qui seroit faite depuis de l'héritage au vendeur, ne priveroit pas le seigneur du retrait féodal qui lui a été acquis, quoiqu'il ne l'eût pas encore exercé : en cela le retrait féodal diffère du lignager, qui s'éteint par le retour de l'héritage à la famille avant que la demande en retrait ait été donnée. Voyez-en la raison *suprà*, *n.* 476.

562. Il ne peut être douteux, à l'égard du retrait féodal, qu'il ne peut y avoir ouverture à ce retrait, tant que la condition suspensive sous laquelle la vente a été contractée,

n'est pas encore accomplie ; car il n'y a pas encore de vente ; il y a seulement espérance qu'il y en aura une, si la condition existe : il n'y a pas, en conséquence, ouverture au profit de vente, ni par conséquent au retrait féodal, auquel il n'y a jamais ouverture que dans le cas où il y a ouverture au profit, quoique, *contrà vice versâ*, il y ait des cas où il y a ouverture au profit de vente, sans qu'il y ait ouverture au retrait. *Voyez* sur ces ventes conditionnelles, *Dumoulin*, §. 20, *gl.* 5, *quest.* 4, *n.* 23, *et notre Introduction au Titre des Fiefs*, *chap.* 7, *art.* 3, où nous en avons donné un extrait.

563. Tout ce qui vient d'être dit dans ce paragraphe à l'égard du retrait féodal, me paroît devoir avoir lieu pour le retrait conventionnel, à moins que les termes de la convention qui l'a établi ne renfermassent quelque chose de contraire.

SECTION VI.

Des personnes à qui le droit de retrait seigneurial et le droit de retrait conventionnel appartiennent.

564. Suivant le droit commun des coutumes, le droit de retrait seigneurial est accordé à tous les seigneurs de fief; les seigneurs de censive n'ont pas ce droit, si ce n'est dans un petit nombre de coutumes qui le leur accordent.

Quelques coutumes n'accordent pas même indistinctement à tous les seigneurs de fief le droit de retrait, mais seulement aux seigneurs châtelains, ou d'une plus haute dignité.

Dans cette variété de coutumes, c'est celle du lieu où est situé l'héritage qu'on prétend sujet ou non sujet au retrait seigneurial, qui doit décider s'il y est sujet; car la sujétion à ce retrait est une qualité de l'héritage que la loi lui imprime : or il n'y a que celle à laquelle il est soumis, c'est-à-dire, celle dans le territoire de laquelle il est situé, qui puisse lui imprimer cette qualité; une loi étrangère ne le peut, les lois ne pouvant exercer aucun empire hors de leur territoire.

C'est pourquoi je ne puis approuver la distinction que fait Guyot, en son *Traité du retrait seigneurial*, lorsqu'il dit que ce retrait se régle à la vérité par la coutume du fief servant, pour la façon de l'exercer, et son exécution; mais que c'est celle du fief dominant qui doit régler le pouvoir de l'exercer, parceque ce droit est une qualité du fief dominant. Je réponds qu'il faut distinguer dans le fief dominant les choses corporelles, et les droits incorporels dont il est composé: les choses corporelles sont le château et les héritages possédés en domaine par le seigneur. Les droits incorporels sont les droits de seigneurie directe sur les héritages relevants en fief ou en censive du fief dominant. Ces droits sont, de même que les choses corporelles, les parties intégrantes du fief dominant, et ces différentes parties sont des choses très distinguées entre elles, qui ont chacune une nature et des qualités qui leur sont propres. Lorsqu'on dit que le droit de retrait féodal est une des qualités du fief dominant, ce n'est pas du château, ni des autres parties corporelles du fief dominant, que l'on entend parler; c'est de ces droits de seigneurie directe et de supériorité féodale sur les héritages qui en relèvent. Or c'est un principe commun à tous les droits qu'on a sur des héritages, que leur nature et leurs qualités se règlent par la loi du lieu où sont situés les héritages sur lesquels ces droits sont à prendre, et qui sont le *subjectum materiale* desdits droits: donc les fiefs servants étant le *subjectum materiale* de ces droits de directe et de supériorité féodale, et étant la chose sur laquelle ils sont à prendre, c'est la loi du lieu où sont situés les fiefs servants, qui doit régler la nature et les qualités de ces droits de directe et de supériorité féodale; c'est par conséquent cette loi qui doit décider si le droit de retrait féodal est attaché à ces droits de directe, et qui en doit régler la nature.

Il n'y a que la forme de porter la foi qui doit se régler par la loi du lieu où est situé le corps du fief dominant, parceque c'est en ce lieu qu'elle est portée, et que c'est une

règle que les formalités des actes se règlent par la loi du lieu où ils se passent.

565. Il y a variété dans les coutumes, sur la question, si l'Eglise a le droit de retrait seigneurial sur les héritages et autres droits mobiliaires relevants en fief de ses seigneuries. Quelques coutumes le lui refusent, d'autres le lui accordent expressément: dans celles qui ne s'en expliquent pas, l'opinion commune étoit qu'elle devoit avoir ce droit, de même que tous les autres seigneurs; mais par l'édit de 1749, l'Eglise a été, pour des raisons politiques, privée de ce droit par tout le royaume. *Voyez notre Introduction au Titre des Fiefs*, *chap.* 7, *art.* 3.

566. Quelques auteurs ont autrefois contesté au roi le droit de retrait seigneurial. Loysel en a fait une règle; mais ce sentiment, qui n'étoit appuyé d'aucune bonne raison, a été rejeté, et il ne lui est plus aujourd'hui contesté.

567. Le droit de retrait conventionnel appartient à celui qui a retenu ce droit par l'aliénation qu'il a faite de son héritage à ses héritiers ou autres successeurs à ce droit. L'édit de 1749, qui défend aux gens de main-morte d'acquérir à l'avenir des héritages, a fait naître la question, si depuis cet édit ils peuvent exercer pour leur compte cette espèce de retrait conventionnel, que nous appelons, dans notre province d'Orléans, *droit de refus*, sur les héritages qu'ils ont anciennement aliénés, lorsque ces héritages sont vendus. J'ai ouï dire que le chapitre de Saint-Pierre-en-Pont d'Orléans avoit été admis à exercer le retrait par sentence du Châtelet de Paris, rendue en la présente année 1762. Leurs moyens étoient, que l'héritage leur ayant anciennement appartenu, ce n'étoit pas de leur part une nouvelle acquisition, ni par conséquent une contravention à l'édit, lorsqu'ils en redeviennent propriétaires en vertu du droit de refus qu'ils s'y étoient retenu. J'aurois de la peine à me rendre à cette décision. J'avoue que lorsque des gens de main-morte, en aliénant un héritage, y ont retenu un droit

d'y rentrer, tel qu'un droit de reversion au bout d'un certain temps, ou lors de l'évènement d'une certaine condition, ou un droit de réméré, l'édit de 1749 ne les empêche pas de rentrer dans cet héritage, lorsqu'il y a ouverture à ce droit, parcequ'en ce cas, ce n'est pas une acquisition qu'ils font de cet héritage; ce n'est par aucun nouveau titre qu'ils en redeviennent propriétaires, mais par la résolution et la cessation de l'aliénation qu'ils en avoient faite. Mais le droit de refus qu'on se retient sur un héritage en l'aliénant, n'est pas proprement un *droit de rentrer* dans l'héritage; c'est le droit de l'acheter préférablement à celui à qui il aura été vendu. Celui qui exerce le droit de refus ne rentre pas dans l'héritage par une résolution de l'aliénation qu'il en a faite; mais il l'acquiert et il l'achète véritablement: son titre d'acquisition est la vente qui en a été faite à celui sur qui il exerce le droit de refus, à l'achat duquel il est subrogé; il en doit les lods et ventes. Or, si celui qui exerce un droit de refus, achète et acquiert véritablement l'héritage, c'est une conséquence que les gens de main-morte ne peuvent plus, depuis l'édit de 1749, l'exercer pour leur compte, puisque cet édit leur interdit tous achats et toutes acquisitions d'héritages; cet édit n'ayant fait aucune exception, ils ne peuveut pas prétendre que les acquisitions des héritages qui leur ont appartenu autrefois, et pour lesquels ils ont conservé un droit de refus, en doivent être exceptées.

568. L'édit n'ayant pas privé expressément les gens de main-morte des droits de retrait conventionnel qui leur appartiennent, comme il les a privés de leur droit de retrait seigneurial, on ne peut leur contester le droit de pouvoir céder à des particuliers leur action de retrait conventionnel, lorsqu'il y a ouverture, pour être exercé par lesdits particuliers et au profit desdits particuliers: les gens de main-morte ne contreviennent point par cette cession à l'édit, puisque ce ne sont point eux qui acquièrent, mais des particuliers leurs cessionnaires, et que les biens ne sont pas mis hors du commerce.

SECTION VII.

Par qui le retrait seigneurial et le retrait conventionnel peuvent-ils être exercés?

569. Quoique le retrait féodal auquel donne ouverture la vente du fief qui relève d'une certaine seigneurie, soit une espèce de fruit civil de la seigneurie; néanmoins, comme l'exercice de ce retrait renferme un refus d'accorder l'investiture à l'acheteur sur qui le retrait s'exerce, et que le refus de l'investiture ne peut être fait que par celui qui a le droit de l'accorder, il s'ensuit que ce retrait ne peut être exercé que par le seigneur, ou par celui à qui il l'a cédé, qui l'exerce au nom du seigneur, *et tanquam illius procurator in rem suam;* et quoique ce retrait soit un fruit civil de la seigneurie, c'est une espèce de fruit qui ne peut être perçu que par le seigneur. C'est ce qui est fort bien expliqué par Guyot, *en son Traité des Fiefs.*

De ce principe on a tiré plusieurs corollaires. 1° Que celui qui a aliéné la seigneurie ne peut, depuis qu'il l'a aliénée, exercer le retrait féodal, quoique né pendant qu'il étoit seigneur. 2° L'usufruitier de la seigneurie ne peut exercer le retrait féodal des fiefs relevants de cette seigneurie, vendus pendant le temps de l'usufruitier, si ce n'est comme procureur légal à cet égard du seigneur; et par conséquent il ne peut l'exercer contre le gré du seigneur.

Il ne peut l'exercer qu'à la charge de lui rendre, après l'extinction de l'usufruit, le fief retiré, si le seigneur veut l'indemniser du coût du retrait; *Molin.*, §. 20, *gl.* 1, *q.* 2.

3° Le mari ayant droit de recevoir en foi les vassaux de sa femme, peut bien exercer le retrait féodal des fiefs relevants des seigneuries de sa femme; mais il ne le peut qu'en sa qualité de mari d'une telle, et pour le compte de sa femme, *ad causam uxoris suæ.* C'est pourquoi, lors de la dissolution de la communauté, le fief retiré doit demeurer à la femme, à la charge de la récompense envers la communauté; *Molin.*, *ibid.*, *n.* 47 *et* 48.

Il en est autrement du suzerain qui a exercé le retrait

féodal d'un arrière-fief vendu pendant qu'il tenoit en sa main le fief de son vassal, dont cet arrière-fief étoit mouvant; il n'est pas obligé de le rendre à son vassal après la main-levée de la saisie; car le droit en vertu duquel il en a exercé le retrait, n'est pas un droit qu'il tînt de son vassal; *Molin. art.* 55, *gl.* 10, *n.* 44.

570. Il est évident que le principe que nous avons établi à l'égard du retrait féodal, ne reçoit aucune application au simple retrait conventionnel ou droit de refus, comme nous l'appelons; c'est pourquoi les décisions que nous avons tirées comme des corollaires de ce principe, ne doivent pas être étendues au retrait conventionnel.

L'action de retrait conventionnel à laquelle donne ouverture la vente de l'héritage sujet à ce droit, est un pur fruit civil du fond du droit de retrait conventionnel, qui en est séparable et distingué comme la fille l'est de la mère : cette action étant née lors de cette vente, et acquise à celui à qui la pleine propriété du fond du droit conventionnel appartient, elle continue de lui appartenir, quoiqu'il ait depuis aliéné le fond du droit de retrait conventionnel, à moins qu'il ne l'ait pareillement cédée à l'acquéreur; et quoiqu'il ait cessé d'être propriétaire du fond du droit, rien n'empêche qu'il ne puisse exercer à son profit cette action.

Par la même raison, lorsque quelqu'un a l'usufruit du droit de retrait conventionnel, les actions de retrait conventionnel auxquelles donnent naissance les ventes des héritages sujets à ce droit, faites durant le temps de cet usufruit, étant de purs fruits civils de ce droit, appartiennent entièrement à cet usufruitier, qui peut en disposer, les céder à qui bon lui semblera, ou les exercer à son profit, même malgré le propriétaire du fond du droit de retrait, et sans que l'usufruitier soit tenu, après l'extinction de son usufruit, de lui rendre les héritages qu'il aura retirés. Les héritiers de l'usufruitier peuvent même, après l'extinction du droit d'usufruit, exercer à leur profit les actions de retrait conventionnel nées durant le temps de l'usufruit.

Par la même raison, le mari étant usufruitier des propres de sa femme pendant le mariage, les actions de retrait conventionnel nées pendant le mariage, auxquelles la vente de l'héritage sujet à un droit de retrait conventionnel, propre de sa femme, a donné ouverture, appartiennent entièrement au mari, qui n'est point obligé de rendre à sa femme, après la dissolution du mariage, les héritages qu'il aura retirés.

A l'égard du retrait seigneurial que quelques coutumes accordent aux seigneurs de censive, le principe que nous avons établi pour le retrait féodal peut recevoir quelque application par rapport à ce retrait; car quoique les seigneurs de censive n'accordent pas à leurs censitaires une investiture pareille à celle qu'accordent les seigneurs de fief à leurs vassaux, ils leur accordent une espèce de saisine, ils les agréent pour leurs censitaires. On peut donc pareillement dire que le retrait seigneurial que les coutumes leur accordent, renferme un refus de les agréer pour censitaires, qui ne peut par conséquent être exercé que par le seigneur de censive, ou en son nom par son cessionnaire; et en conséquence les décisions que nous avons données pour le retrait féodal, comme des corollaires de ce principe, peuvent s'étendre à ce retrait seigneurial censuel.

SECTION VIII.

Des causes qui excluent du retrait conventionnel et du retrait seigneurial; convenances et différences, à cet égard, de ces retraits avec le retrait lignager.

571. Le seigneur ne peut exercer le retrait seigneurial sur la vente qu'il a faite, et il en est de même de celui qui a droit de retrait conventionnel. Ce que nous avons dit à cet égard, en traitant du retrait lignager, *chap.* 15, *art.* 2, reçoit ici application.

572. Le retrait féodal étant établi par les coutumes, de même que le lignager, et le vendeur n'en étant pas garant, le seigneur est admis au retrait féodal, quoiqu'il soit devenu l'héritier du vendeur, ou caution du vendeur.

Il n'en est pas de même du retrait conventionnel ; le vendeur est obligé d'en garantir l'acheteur, de même que de toutes les autres évictions, s'il n'a pas déclaré par le contrat que l'héritage étoit sujet à ce retrait. Il suit de là que lorsque la vente a été faite sans cette déclaration, celui à qui le droit de retrait conventionnel appartient, n'est pas recevable à l'exercer, s'il est héritier pur et simple du vendeur ; ou s'il est caution de la vente, ou héritier d'une caution, suivant la régle, *Quem de evictione tenet actio*, *eum agentem repellit exceptio*. Voyez *suprà* le Traité du contrat de vente, *part.* 2, *sect.* 2, *art.* 6.

573. Enfin le seigneur est non recevable dans le retrait, lorsqu'il y a renoncé même tacitement, *putà*, en faisant choix du profit de vente, ou en recevant en foi l'acquéreur ; *Voyez sur ce notre Introduction au Titre des Fiefs*, *chap.* 7, *art.* 7.

Pareillement, celui à qui le droit de retrait conventionnel appartient, est censé avoir renoncé à l'action de retrait lorsqu'il a accepté la reconnoissance de l'acheteur, ou lorsque le droit de retrait conventionnel étant accompagné de quelque rente foncière sur l'héritage, il donne quittance à l'acheteur de quelques arrérages de cette rente, sans réserve de son action de retrait.

574. Mais quoique celui qui a droit de retrait seigneurial, ou de retrait conventionnel, sur un héritage, ait autorisé sa femme à qui cet héritage appartenoit, pour le vendre ; quoiqu'il en ait reçu le contrat de vente comme notaire, ou qu'il y ait assisté comme témoin ; quoiqu'il en ait poursuivi la vente comme saisissant ; quoiqu'il en ait fait l'adjudication en qualité de juge, il n'est pas pour cela censé avoir renoncé à son droit de retrait, et il n'en est pas moins recevable à l'exercer. *Voyez* ce que nous en avons dit en traitant du retrait lignager, *n.* 161, 164, 168.

575. Sur la question, si le consentement qu'a donné à la vente par le contrat celui qui a droit de retrait, renferme une renonciation à l'action de retrait, *Voyez* ce que nous en avons dit sur le retrait lignager, *suprà*, *n.* 164.

SECTION IX.

Sur qui peuvent s'exercer le retrait seigneurial et le conventionnel.

576. Le retrait seigneurial peut s'exercer sur quelque acquéreur que ce soit, sauf sur l'acquéreur qui seroit lignager du vendeur, sur lequel le seigneur ne peut exercer le retrait des héritages qui sont de la ligne dudit acheteur, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 540.

Mais si, avec ces héritages, il y avoit d'autres fiefs qui ne fussent pas de la ligne dudit acheteur, quoique compris au même marché, le seigneur pourroit exercer le retrait seigneurial des fiefs qui ne seroient pas de la ligne de l'acheteur.

577. Non seulement lorsque l'acheteur est lui-même lignager du vendeur, mais lorsqu'il est conjoint par mariage, et en communauté avec une femme qui est lignagère, ou lorsqu'il a des enfants qui sont de la ligne; le seigneur, loin de pouvoir exercer sur lui ce retrait seigneurial des héritages de cette ligne, est obligé de le recevoir en foi pour lesdits héritages. Cependant le seigneur peut, par l'acte de réception en foi, se réserver le retrait dans le cas auquel, par le partage de la communauté, l'héritage sortiroit de la famille, ou dans le cas auquel l'espérance de le conserver dans la famille manqueroit; *putà*, par le prédécès des enfants lignagers. Faute de cette réserve, le seigneur ne pourra plus exercer ce retrait. *Voyez Guyot.*

Contrà, le retrait conventionnel peut s'exercer sur quelque acheteur que ce soit, même sur celui qui seroit le lignager du vendeur, même sur le seigneur qui auroit acquis le fief mouvant de lui; même sur le roi, lorsque l'acquisition que le roi en a faite, n'est pas pour une cause d'utilité publique.

578. Les lettres que des gens de main-morte ont obtenues du roi pour acquérir un héritage, n'empêchent pas qu'on ne puisse exercer sur eux le retrait seigneurial ou le conventionnel, aussi bien que le lignager; car le roi accorde ses graces sans préjudice du droit des tiers.

579. Le retrait féodal et le conventionnel auxquels la vente d'un héritage a donné ouverture, peuvent s'exercer, de même que le retrait lignager, non seulement sur l'acheteur, mais sur celui qui s'en trouve en possession, à quelque titre qu'il lui soit passé, soit immédiatement de la personne de l'acheteur, soit médiatement.

580. Lorsque l'héritage dont la vente a donné ouverture au retrait féodal et conventionnel, a été depuis revendu une ou plusieurs fois, il est au choix du seigneur, ou de celui à qui appartient le droit de retrait conventionnel, d'exercer le retrait sur celle de toutes ces ventes qu'il choisira, et qui lui sera la plus avantageuse; car chacune de ces ventes a donné ouverture à autant de différentes actions de retrait; *Voyez notre Introduction au Titre des Fiefs, n.* 249.

En cela ces retraits diffèrent du lignager, qui, quoiqu'il se puisse exercer sur les tiers détenteurs, ne peut néanmoins s'exercer que sur la première vente qui a mis l'héritage hors de la famille.

SECTION X.

Comment doivent s'exercer le retrait seigneurial, ou le conventionnel; convenances et différences, à cet égard, de ces retraits avec le retrait lignager.

581. On peut, sur cette question, supposer deux cas: le premier, lorsque tous les héritages compris au marché relèvent d'une même seigneurie, ou sont sujets au même droit de retrait conventionnel; le second, lorsqu'il n'y en a qu'une partie.

PREMIER CAS.

582. Lorsque tous les héritages compris au même marché relèvent d'une même seigneurie, ou sont sujets au même droit de retrait conventionnel, en ce cas ces retraits ne peuvent s'exercer pour partie; le retrayant doit prendre tout le marché. C'est pourquoi il ne peut y avoir de diffi-

culté en ce cas, que sur la question de fait, s'il n'y a eu qu'un seul marché, qui n'ait donné lieu qu'à une seule action de retrait; ou s'il y en a eu plusieurs, qui aient donné lieu à plusieurs actions, dont l'une pourroit être exercée sans les autres.

Tout ce que nous avons dit pour le retrait lignager, *part.* 1, *chap.* 6, *premier cas*, reçoit pour ce cas une entière application.

SECOND CAS.

583. Lorsqu'il n'y a qu'une partie des héritages compris dans un marché, qui relève d'une certaine seigneurie, ou qui soit sujette à un certain droit de retrait conventionnel, non seulement le seigneur n'a le droit de retirer que ce qui relève de sa seigneurie, et celui qui a droit de retrait conventionnel, n'a le droit de retirer que ce qui est sujet à ce droit; mais ils ne peuvent être obligés par l'acquéreur à retirer le surplus, quoique cet acquéreur n'eût pas voulu acquérir l'un sans l'autre; et en cela ces retraits sont différents du lignager. Nous avons rapporté la raison de cette différence, *ibid. n.* 209.

584. Le seigneur qui exerce le retrait seigneurial des fiefs relevants d'une certaine seigneurie, n'est pas obligé de retirer le surplus des fiefs compris au même marché, relevants des autres seigneuries, quoique toutes ces seigneuries lui appartiennent; car il a autant d'actions de retrait seigneurial, distinguées les unes des autres, qu'il y a de différentes seigneuries d'où ces différents fiefs relèvent: il peut dont exercer l'une de ces actions, et abandonner les autres; *Molin.* §. 20, *gl.* 1, *n.* 54.

Il en est de même du retrait conventionnel.

SECTION XI.

Du temps dans lequel le retrait seigneurial et le conventionnel doivent être exercés.

585. Le retrait seigneurial et le conventionnel diffèrent

entièrement du lignager, par rapport au temps dans lequel ils doivent être exercés.

Selon la coutume de Paris, *art.* 20, le seigneur doit exercer le retrait féodal *dans quarante jours après qu'on lui a notifié la vente et exhibé les contrats, et d'iceux baillé copie.*

Si l'exhibition n'avoit pu lui être faite, parcequ'il n'auroit pas été trouvé au chef-lieu ou chez lui lorsque l'acheteur s'y est transporté pour lui faire cette exhibition, le temps de quarante jours ne laisseroit pas de courir, suivant la régle de droit : *In omnibus causis pro facto id accipitur, quoties per aliquem mora fit, quominùs fiat;* l. 39, ff. *de R. J.*

Selon notre coutume d'Orléans, *art.* 49, le seigneur doit exercer le retrait féodal dans les quarante jours depuis les offres de foi; elle n'oblige l'acheteur à l'exhibition de son contrat, que *s'il en est requis.* C'est pourquoi, lorsqu'il a fait ses offres, quoiqu'il n'ait pas exhibé son contrat, le temps de quarante jours ne laisse pas de courir : mais si dans ledit temps l'exhibition est requise, le temps cessera de courir jusqu'à ce qu'il ait fait l'exhibition; et après qu'il l'aura faite, le temps continuera de courir pour ce qui en restoit à courir lorsqu'elle a été requise.

586. Lorsque le seigneur à qui la notification a été faite, est mort pendant ce temps de quarante jours, son héritier ne doit avoir pour exercer le retrait, que ce qui restoit à courir de ce temps lors de sa mort : mais ce temps est interrompu, et cesse de courir jusqu'à ce que cet héritier ait su ou pu savoir la notification faite au défunt; *Molin.* §. 20, *gl.* 12, *n.* 7.

587. Ce temps de quarante jours court contre le seigneur, quoique mineur : il est fatal, de même que l'an du retrait lignager.

588. Tant que l'acheteur ne satisfait pas à ce que les coutumes exigent pour faire courir ce temps, le seigneur peut toujours exercer le retrait seigneurial; et il n'en peut être

exclus que par la prescription ordinaire de trente ans, qui a lieu contre tous les droits et actions dont le temps n'est pas limité.

589. A l'égard du retrait conventionnel, s'il n'est rien porté par la convention, l'acheteur, après avoir notifié son acquisition à celui à qui ce droit de retrait appartient, doit l'assigner pour voir dire qu'il sera tenu d'exercer, si bon lui semble, dans le temps qui lui sera fixé par le juge, le retrait qu'il a droit d'exercer; sinon que, faute par lui de l'exercer dans ledit temps, il en demeurera de plein droit déchu pour cette fois.

Le juge, sur cette assignation, doit lui fixer un temps, qui doit être court, *putà*, un temps de quarante jours, tel que celui que les coutumes ont réglé pour le retrait seigneurial.

S'il laisse passer le temps fixé par cette sentence, sans déclarer qu'il entend exercer le retrait, l'acheteur doit prendre une seconde sentence qui l'en déclare déchu purement et simplement pour cette fois.

On pourroit peut-être même soutenir qu'il ne seroit pas nécessaire d'obtenir une seconde sentence, sur-tout s'il étoit porté par la première, que celui à qui le droit appartient, faute de l'exercer dans le temps qui lui est fixé, seroit de plein droit déchu, sans qu'il fût besoin d'autre jugement; mais il est plus sûr de prendre une seconde sentence.

SECTION XII.

De la forme en laquelle s'exercent le retrait seigneurial et le conventionnel; leurs différences, à cet égard, avec le retrait lignager.

590. Le retrait seigneurial et le conventionnel ne sont point sujets, pour leur exercice, aux formalités auxquelles est sujet le retrait lignager; c'est une première différence à cet égard entre ces retraits et le lignager.

Le retrait seigneurial et le conventionnel s'exercent, ou par la voie d'action, ou par la voie d'exception.

Lorsque ces retraits s'exercent par la voie d'action, la demande doit être donnée dans la forme ordinaire dans laquelle se donnent toutes les autres demandes.

591. Si l'exploit de demande est déclaré nul pour quelque nullité d'ordonnance, le jugement qui le déclare nul n'emporte pas la déchéance de l'action de retrait; et le retrayant est admis à l'intenter par un nouvel exploit de demande, s'il est encore dans le temps de l'intenter : il peut même, sans attendre ce jugement, donner un nouvel exploit de demande, en déclarant qu'il se désiste du premier; et c'est une seconde différence entre ces retraits et le lignager, à l'égard duquel la nullité de la forme emporte la déchéance du droit au fond, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 277.

592. De là résulte une troisième différence; c'est que les nullités d'exploit, dans ces retraits seigneurial ou conventionnel, n'ayant pas de trait au fond, doivent être opposées *ab initio litis*, et qu'elles se couvrent par la litiscontestation; au lieu que dans le retrait lignager, elles peuvent être opposées jusqu'au jugement définitif, et même en cause d'appel, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 278.

593. Ces retraits s'exercent aussi par voie d'exception. Par exemple, si le seigneur ayant saisi féodalement, l'acheteur vient depuis porter la foi en l'absence du seigneur, ou lui faire des offres; qu'il assigne le seigneur pour voir déclarer bon son port de foi et ses offres, et qu'il demande en conséquence main-levée de la saisie, le seigneur peut répondre qu'il entend retenir le fief par droit de retrait féodal, en offrant de l'indemniser.

Même sans qu'il y ait eu de saisie féodale, si le seigneur est assigné par l'acheteur pour voir déclarer valable son port de foi fait en l'absence du seigneur, le seigneur peut répondre qu'il entend exercer le retrait féodal, et conclure en conséquence que l'acheteur sera tenu de lui délaisser l'héritage, aux offres qu'il lui fait de le rembourser.

594. Pareillement à l'égard du retrait conventionnel, si celui à qui ce droit appartient est assigné par l'acheteur pour déclarer s'il entend l'exercer, il peut, sur cette assignation, déclarer qu'il entend l'exercer, et conclure en conséquence au délais de l'héritage, aux offres de rembourser; ce qui est exercer le retrait par voie d'exception.

SECTION XIII.

Des obligations du retrayant dans le retrait seigneurial et dans le conventionnel; convenances et différences, à cet égard, entre ces retraits et le lignager.

595. Les obligations du retrayant en ce qui concerne le prix, les loyaux coûts de l'acquisition, et les mises, dont le retrayant doit rembourser et indemniser l'acheteur sur qui le retrait s'exerce, sont, dans le retrait conventionnel et dans le seigneurial, les mêmes que dans le lignager.

C'est pourquoi presque tout ce que nous avons dit dans les cinq premiers articles du chapitre neuvième, sur les obligations du retrayant dans le retrait lignager, reçoit application au retrait seigneurial et au conventionnel.

J'y trouve seulement deux différences : la première et la principale est à l'égard du terme fatal dans lequel le lignager retrayant doit rembourser ou consigner le prix qu'il est obligé de rembourser à l'acheteur sur qui il exerce le retrait : ce terme fatal qui est réglé pour le retrait lignager, ne doit pas être étendu au retrait seigneurial ni au conventionnel.

596. Dans le retrait seigneurial, lorsqu'il n'est pas contesté, il y a lieu de penser que le remboursement du prix doit se faire dans le terme de quarante jours, que les coutumes accordent pour l'exercice de ce retrait, ce remboursement en faisant partie.

Mais lorsqu'il y a eu procès sur le retrait, le remboursement doit se faire dans le temps qui sera fixé par la

sentence du juge qui adjugera le retrait; c'est l'avis de Brodeau, sur la coutume de Paris.

597. A l'égard du retrait conventionnel, si, par la convention, on s'est expliqué sur le temps dans lequel le remboursement doit être fait, on doit suivre ce qui est porté par la convention : si l'on ne s'en est pas expliqué, le temps doit être laissé à l'arbitrage du juge.

598. Une seconde différence que je trouve entre ces retraits et le lignager, est que lorsqu'on a compris dans un même marché plusieurs héritages, dont les uns sont sujets au retrait seigneurial ou conventionnel, et les autres n'y sont pas sujets, et qu'en conséquence il y a une ventilation à faire du prix qui doit être remboursé à l'acheteur sur qui le retrait s'exerce, cette ventilation me paroît devoir se faire aux frais de l'acheteur, et non aux frais du retrayant; car le droit de retrait seigneurial et le conventionnel étant des droits que ceux à qui ils appartiennent ont dans les héritages qui y sont sujets, les parties contractantes n'ont pu, en comprenant dans la vente qui en a été faite, d'autres héritages, préjudicier à ces droits de retrait, et en rendre la condition plus onéreuse, comme elle seroit, si l'on faisoit porter au retrayant les frais de la ventilation à laquelle elles ont donné occasion, faute de l'avoir faite elles-mêmes, comme elles le devoient.

Il en doit être autrement dans le cas du retrait lignager : ce retrait n'étant accordé aux lignagers que comme une grace, le lignager retrayant n'a pas droit de se plaindre que les parties aient fait leur marché de la manière qu'elles ont jugé à propos, et qu'elles y aient compris l'héritage sujet à son droit, confusément avec d'autres héritages, sans faire par ce marché aucune ventilation de leurs différens prix. C'est pourquoi, non-seulement il ne peut rejeter les frais de ventilation sur l'acheteur contre lequel il exerce le retrait; mais c'est lui, au contraire, qui doit seul les porter, parcequ'il doit indemniser l'acheteur.

Si le retrayant néanmoins avoit offert de prendre tout le marché pour son compte, et que l'acheteur eût voulu

retenir les héritages qui ne sont pas sujets au retrait lignager; comme c'est l'acheteur en ce cas qui donne lieu à la ventilation, je pense qu'il y doit contribuer avec le retrayant, cette ventilation se faisant pour régler leurs intérêts respectifs.

599. Quoique régulièrement dans le retrait seigneurial et dans le conventionnel, la ventilation doive se faire aux frais de l'acquéreur, néanmoins il faut excepter de cette régle le cas d'une vente et adjudication faite sur une saisie réelle. La raison de cette exception est que la vente étant nécessaire et forcée, on ne peut pas imputer à l'adjudicataire de n'avoir pas acheté séparément les héritages sujets au retrait, et d'avoir donné lieu à la ventilation. C'est pourquoi Guyot décide fort bien que la ventilation doit en ce cas être faite à frais communs entre le retrayant et l'adjudicataire.

600. Quelques auteurs apportent une autre limitation, même dans le cas de ventes volontaires, qui est que l'acquéreur peut, pour éviter les frais de la ventilation, en proposer une; et que si, sur le refus du retrayant de l'accepter, il se fait une ventilation, et qu'il paroisse par l'événement que celle qui avoit été proposée, et qui a été refusée par le retrayant, étoit juste, le retrayant qui a eu tort de la refuser, doit porter les frais de celle qui a été faite sur son refus. Cela paroît équitable : néanmoins Guyot rejette ce tempérament. Il dit que le seigneur n'est pas obligé de s'en rapporter à l'acquéreur, pour la ventilation de ce qui doit lui être remboursé.

SECTION XIV.

Des obligations de l'acquéreur sur qui le retrait seigneurial ou conventionnel est exercé.

601. Les obligations de l'acquéreur sur qui s'exerce le retrait seigneurial ou le conventionnel, sont les mêmes que celles de celui sur qui s'exerce le retrait lignager, par rapport au délais de l'héritage, et à la restitution des fruits. C'est pourquoi, tout ce que nous avons dit à cet égard,

part. 1, *ch.* 10, §. 1 *et* 2, pour le retrait lignager, reçoit application à ces retraits, et pareillement ce que nous avons dit, §. 3, par rapport au trésor trouvé dans l'héritage sujet au retrait.

602. A l'égard de ce qui est ordonné par les coutumes pour le retrait lignager (Paris, *art.* 146; Orléans, *art.* 373, *etc.*), que pendant le temps accordé pour le retrait, l'acquéreur ne doit faire aucunes réparations, si elles ne sont nécessaires, à peine de n'en pouvoir prétendre aucune répétition, ni changer la forme et la nature de l'héritage; cela peut aussi être étendu au retrait seigneurial, lorsque l'acheteur a connu, ou pu facilement connoître, lors de la vente de l'héritage, le seigneur duquel il relevoit. Cela peut pareillement être étendu au retrait conventionnel, lorsque ce droit de retrait auquel l'héritage est sujet, a été déclaré par le contrat. La même raison d'équité sur laquelle cette disposition des coutumes est fondée, se rencontre à l'égard de ces retraits dans ces cas, et même en plus forts termes : car dans le retrait seigneurial et dans le conventionnel, comme il est au pouvoir de l'acheteur, en notifiant son acquisition à celui à qui le droit de retrait appartient, de rendre le temps de ces retraits beaucoup plus court que ne l'est le temps du retrait lignager, il a encore bien moins lieu de se plaindre que dans le retrait lignager, qu'on l'oblige à différer les améliorations et innovations qu'il pourroit avoir envie de faire sur l'héritage qu'il a acquis.

Mais lorsqu'on n'a pas déclaré à l'acheteur que l'héritage étoit sujet au retrait conventionnel, celui qui exerce ce retrait doit indemniser l'acheteur des mises utiles, quoique non nécessaires, qu'il a faites sur l'héritage, jusqu'à concurrence de ce que l'héritage s'en trouve plus précieux; car l'acheteur qui ne savoit pas que l'héritage fût sujet au retrait conventionnel, n'est pas en faute d'avoir fait ces impenses, et par conséquent l'équité ne permet pas que le retrayant en profite aux dépens de cet acquéreur : *Neminem æquum est cum damno alterius locupletari.* Cette dé-

cision a lieu, quand même ces impenses seroient si considérables que le remboursement qui en seroit prétendu par l'acquéreur, rendroit impossible le retrait à celui qui a droit de l'exercer, parcequ'il n'auroit pas le moyen de faire le remboursement; car il vaut mieux le priver pour cette fois de l'exercer, que de faire perdre ces impenses à l'acquéreur, qui n'est pas en faute. Le propriétaire du droit de retrait qui est privé de l'exercer, manque seulement de gagner et de profiter d'un marché avantageux, *certat de lucro captando;* au lieu que l'acquéreur, s'il n'étoit pas remboursé de ses impenses, souffriroit une perte, *certaret de damno vitando;* d'où il suit que la cause doit prévaloir.

603. Les dégradations que l'acheteur a faites sur l'héritage qu'il ignoroit être sujet au droit de retrait conventionnel, doivent venir en déduction des améliorations, dont le remboursement lui est dû; car un héritage n'est amélioré que sous la déduction de ce dont il est détérioré: mais si les dégradations excèdent les améliorations, ou même s'il n'y a point d'améliorations, cet acheteur n'est aucunement tenu de ces dégradations envers le retrayant; car cet acheteur, qui n'a pu savoir que son héritage étoit sujet à ce droit, n'a pu contracter envers le propriétaire de ce droit, l'obligation de lui conserver l'héritage; il a pu mésuser d'une chose dont il se croyoit propriétaire incommutable.

604. Le retrait seigneurial fait plus de difficulté. Quoiqu'on n'ait pas fait connoître à un acquéreur, lors de son acquisition, le seigneur de qui relève en fief l'héritage; néanmoins comme il n'y a nulle terre sans seigneur, il a dû prévoir que l'héritage pouvoit être sujet au retrait féodal. C'est pourquoi je serois porté à croire qu'il doit laisser un temps convenable au seigneur pour se faire connoître, comme d'un an depuis que son acquisition est connue dans le public, pendant lequel temps il doit s'abstenir de faire aucune innovation ni amélioration au préjudice du retrait; mais ce temps passé, il seroit contre l'équité, et même

contre l'intérêt public, de l'empêcher de faire les innovations, et sur-tout les améliorations qu'il juge à propos de faire sur son héritage, et de lui en refuser, en cas de retrait, le remboursement, jusques à concurrence de ce que l'héritage s'en trouve plus précieux.

SECTION XV.

De l'effet du retrait seigneurial et du conventionnel.

605. Tout ce qui est contenu dans les quatre premiers articles du chapitre onzième de la première partie sur cette matière, s'applique au retrait seigneurial et au conventionnel.

Tout ce qui est contenu dans l'article cinquième, sur le profit auquel donne lieu la vente sur laquelle le retrait lignager est exercé, s'applique pareillement au retrait conventionnel.

606. A l'égard du retrait seigneurial, il est évident que la vente sur laquelle le seigneur exerce le retrait, ne donne pas ouverture au profit; car le profit n'est dû que comme le prix de l'investiture que l'acheteur peut demander au seigneur : il ne doit donc pas être dû lorsque le seigneur la lui refuse en exerçant le retrait féodal.

Si le seigneur s'étoit fait payer du profit, ou en avoit même seulement composé avec l'acheteur, il seroit non recevable à exercer sur lui le retrait.

Si le profit a été payé à un usufruitier ou à un fermier des droits seigneuriaux, le seigneur qui exerce le retrait doit le rembourser à l'acheteur, qui ne seroit pas parfaitement indemne, s'il étoit obligé de le répéter de celui à qui il l'a payé.

Suivant la doctrine de Dumoulin et de d'Argentré, le seigneur qui a acheté directement un fief relevant de lui, et à plus forte raison lorsqu'il s'en rend acheteur par le retrait féodal, doit, par forme d'indemnité, payer le profit à l'usufruitier, ou au fermier des droits seigneuriaux. *Voyez notre Introduction au Titre des Fiefs*, *n.* 166.

SECTION XVI.

De la qualité qu'a l'héritage retiré par retrait seigneurial ou conventionnel, soit dans la communauté conjugale du retrayant, soit dans sa succession. Différence, à cet égard, entre ces retraits et le lignager.

607. Nous avons vu, *chap.* 11, *art.* 6, §. 1, que l'héritage retiré par retrait lignager durant la communauté conjugale du retrayant, ne tomboit point dans cette communauté, parceque le retrait lignager étant un droit personnel aux lignagers, qu'ils ne peuvent exercer que pour leur propre compte, c'est une conséquence qu'ils ne puissent l'exercer pour le compte de leur communauté conjugale; et conséquemment l'héritage retiré par retrait lignager ne tombe point dans cette communauté.

A l'égard du retrait seigneurial, il y a quelques coutumes dans lesquelles ce retrait n'est pas cessible, et n'est accordé au seigneur que pour la fin de la réunion. Dans ces coutumes on doit décider, comme dans le retrait lignager, que l'héritage retiré ne tombe pas dans la communauté. Dans toutes les autres coutumes dans lesquelles la jurisprudence a prévalu que ce retrait étoit cessible, il faut décider, au contraire, que le retrait seigneurial fait par le seigneur durant sa communauté conjugale, étant une acquisition qu'il fait durant cette communauté, et qu'il ne lui est point défendu de faire pour le compte de sa communauté, l'héritage retiré durant cette communauté est un vrai conquêt de cette communauté.

Par la même raison, l'héritage retiré par le retrait conventionnel, c'est-à-dire, par droit de refus durant la communauté du retrayant, est un conquêt de cette communauté.

608. Il n'est pas douteux que l'héritage retiré, soit par retrait seigneurial, soit par droit de refus, est un acquêt dans la succession. Tout ce qui a été dit dans ledit article 6, §. 2 et 3, est particulier au retrait lignager.

SECTION XVII.

Convenances et différences des retraits seigneurial et conventionnel avec le lignager, sur les manières dont s'éteignent ces retraits.

609. Ce qui a été dit au chapitre 12, §. 1, sur la manière dont s'éteint le retrait lignager par le retour de l'héritage à la famille avant la demande donnée, est particulier au retrait lignager, et ne peut recevoir d'application aux autres retraits.

610. Ce qui est dit au paragraphe 2, pour le retrait lignager, de l'extinction de ce droit de retrait par l'extinction de l'héritage qui y étoit sujet, peut pareillement s'appliquer au retrait seigneurial et au conventionnel.

611. A l'égard de la prescription dont nous avons traité au paragraphe 3, de même qu'un acheteur qui n'a pas satisfait à ce que l'édit des insinuations et les coutumes demandent pour faire courir le temps du retrait lignager, n'en peut être libéré que par la prescription trentenaire; de même l'acheteur qui n'a pas fait courir le temps du retrait seigneurial et du conventionnel, en notifiant son acquisition, ne peut être libéré de ces retraits que par la prescription trentenaire.

612. Il y a néanmoins des différences entre le retrait conventionnel et les deux autres espéces de retrait.

Dans le retrait conventionnel, lorsqu'on n'a pas déclaré par le contrat, que l'héritage étoit sujet au droit de retrait conventionnel, l'acheteur qui a possédé de bonne foi l'héritage comme franc dudit droit, pendant le temps de la prescription, c'est-à-dire, pendant dix ans *inter præsentes*, et pendant vingt ans *inter absentes*, pour les coutumes qui, comme celle de Paris, admettent cette prescription; ou pendant trente ans, pour celles qui, comme notre coutume d'Orléans, n'admettent d'autre prescription que la trentenaire; l'acheteur, dis-je, non seulement est libéré de l'action de retrait conventionnel, auquel la vente de l'héritage avoit donné ouverture; mais par cette prescription il dé-

charge entièrement et à toujours son héritage de la sujétion au fond du droit de retrait conventionnel.

Au contraire, dans le retrait seigneurial, l'acheteur peut bien acquérir par la prescription trentenaire, la libération de l'action de retrait seigneurial à laquelle la vente qui lui a été faite de l'héritage a donné ouverture; mais il ne peut décharger son héritage du fond du droit, et l'héritage y demeure toujours sujet pour l'avenir, toutes les fois que l'héritage sera vendu. La raison est que le droit de retrait seigneurial est un droit seigneurial qui est imprescriptible, et que l'acheteur y est toujours censé avoir acquis et avoir possédé à la charge de ce droit, quoiqu'il ne lui ait pas été déclaré par le contrat; ce droit étant un droit établi par les coutumes, qui n'a pas besoin d'être déclaré. C'est une première différence entre le retrait conventionnel et le retrait seigneurial.

613. Une deuxième différence, c'est que dans le retrait seigneurial, de même que dans le retrait lignager, l'acheteur, étant toujours censé avoir acquis à la charge du retrait, ne peut acquérir la libération de l'action de retrait auquel la vente a donné ouverture, que par la prescription trentenaire, et non par celle de dix ou vingt ans, dans les coutumes qui l'admettent. Il n'y a, à l'égard de ces retraits, que des tiers qui puissent opposer cette prescription, contre laquelle la vente faite à leur auteur avoit donné ouverture, et dont ces tiers n'avoient eu ni pu avoir connoissance.

614. Il y a une troisième différence, qui est que le décret ne purge pas les droits de retrait lignager et de retrait seigneurial. Ces droits étant établis par les coutumes, les adjudicataires ont dû les prévoir : mais le décret purge le retrait conventionnel, faute d'opposition formée au décret; et il éteint même le fond du droit pour toujours.

Il nous reste à observer une autre différence. Dans la coutume de Paris, et dans les autres qui accordent le retrait lignager plutôt à la famille du vendeur indéterminément, qu'à aucun particulier de cette famille, la pres-

cription n'est pas interrompue par la minorité des lignagers, parceque ce n'est pas proprement contre chacun d'eux qu'elle court. Au contraire, dans le retrait seigneurial et dans le conventionnel, la prescription trentenaire ne court point pendant la minorité du seigneur, ou de celui à qui appartient le droit de retrait conventionnel, suivant la nature de cette prescription, qui ne court pas contre les mineurs.

615. Ce qui est dit au paragraphe dernier du chapitre, peut s'appliquer au retrait seigneurial et au conventionnel.

616. Il nous reste à observer sur les manières dont le retrait seigneurial et le conventionnel s'éteignent, que le seigneurial s'éteint par le choix que le seigneur a fait du profit au lieu du retrait, et de quelque manière qu'il ait agréé pour vassal l'acheteur; sur quoi *Voyez notre Introduction au Titre des Fiefs*, *n.* 269 *et* 270.

Pareillement l'action de retrait conventionnel s'éteint lorsque celui à qui elle appartient a donné, de quelque manière que ce soit, son consentement à l'acquisition de l'acheteur, soit en recevant un titre nouvel, soit en recevant de lui les arrérages de quelques redevances sur l'héritage sujet au droit de retrait.

FIN DU TROISIÈME VOLUME.



